حجية العرف في المعاملات المالية

- دراسة فقهية مقارنة -

تأليف

د. حيدر سليم بابكر المزوري




منتدى إقرأ الثقافي

حجية العرف في المعاملات المالية

ـ دراسة فقهية مقارنة ـ

حجية العرف في المعاملات المالية

ـ دراسة فقهية مقارنة ـ

تأليف

د. حيدر سليم بابكر المزوري

هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع



2025

الطبعة الأولى - 2025

ISBN: 978-9922-24-448-8



هاتريك للطباعة والنشر والتوزيـع

العنوان: اربيل - زانكو - شارع أحمدي خان

الهاتف: 009647500100016

البريد الإلكتروني: sales@hattrickad.com

﴿وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر مِنْ كُلِ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: 122]

﴿خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾ [الأعراف: 199]

﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: 275]

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، الذي جعل الناس في أشكالهم وألوانهم وأعرافهم مختلفين، ليكون بعضهم من بعض قريبين ومتعاونين، وجعل الرفعة لعباده المتقين، وبعث فيهم رسلاً مبشرين ومنذرين، وسار على سبيلهم العلماء العاملون، الذين بيّنوا للناس طريق الحقّ المبين، والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين، المنزل عليه قول الله جلّ جلاله: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199]، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإنّ إعمال العرف في الشريعة الإسلامية، واعتباره مصدراً من مصادر التشريع، يُظهر عظمة هذا الدين ويجعله صالحاً لكل مكان وزمان، ويُبطل مزاعم القائلين بجموده، وركوده، وهذا مما جعل الشريعة الإسلامية مواكباً للمستجدات والمتغيرات العصرية، فإنّ لأعراف الناس وعاداتهم مكانةً عظيمةً في الفقه الإسلامي، وأثراً فعالاً في بيان أحكام النوازل الفقهية.

وجاء الإسلام، وفي الناس أعراف وعادات متبعة، فقام الشرع بتنظيمها وتهذيبها وتأصيلها، فأبقى ما وافقت مبادئ الشريعة ومقاصدها، وألغى المخالفة منها، فبما أن الأعراف عرضة للتبديل والتغيير والتجديد، فقد أولى مجتهدو الأمة وعلماؤها اهتماما كبيراً بالعرف، واعتبروه ثروة تبنى عليها كثير من الأحكام الفقهية، وقاموا بدورهم في تحديد الشروط التي يجب أن تتوافر في الأعراف المعتبرة التي عليها العمل عند الفقهاء وفي جميع الأمصار، فإنّ تجاهل الأعراف، وعدم بيان الشروط والقواعد لانضباطها، يؤدي إلى إيجاد فتاوى غير منضبطة، واجتهادات غير موفقة، وهذا بدوره يضع المسلمين في حرج، ويوقعهم في ضيق، لأنّ للعرف صلة وثيقة بالمجتمعات الإنسانية، ووجوده مرتبط بوجودها، لذا شغل العرف مساحة واسعة في المعاملات المالية، واحتل نطاقاً

شاسعاً في مسائلها الفقهية، وقوانينها المتبعة، فصار العرف كالشرط، ويحلّ محلّه عند فقده، وهو المرجع والحكم عند النزاع.

❖ أولاً: أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية موضوع الدراسة فيما يأتي:

- الحاجة الملحة لدراسة العرف، من الناحية الأصولية، وبيان أثره وأهميته من الناحية التطبيقية الفقهية.
- دور العرف في حياة الناس الاجتماعية، وبناء كثير من الأحكام الفقهية عليه، والرجوع إليه عند حصول النزاع بين الناس، وبالأخص فيما يتعلق بالمسائل المتعلقة بالمعاملات المالية، التي يكثر الجدال فيها، والنزاع عليها، فيكون العادة محكّمة، والعرف حكماً.
- بيان احتجاج الفقهاء بالعرف، والرجوع إليها في ترجيحاتهم، والاعتماد عليها في فتاويهم.

❖ ثانياً: أسباب اختيار البحث ومشكلته:

إنّه كان هناك فتاوى وآراء فقهية تتعلق بموضوع الاحتجاج بالعرف في المعاملات المالية، وهي مبعثرة في ثنايا الكتب، وجمعها في كتاب واحد، وترتيبها حسب الأبواب الفقهية، ليسهل الرجوع إليها، ولا بد من دراستها، ومقارنتها بالمذاهب الفقهية، ومعرفة مدى احتجاجهم بأعرافهم وعاداتهم، والرجوع إليها في المعاملات المالية.

وبما أن العالم أصبح قرية صغيرة ومِن ثَمَّ تختلط الشعوب وتكثر المعاملات لذلك، وقد تكثر النوازل فيها، وقد يختصم المتعاملان، ومعلوم أن الشريعة تعنى بالمبادئ أكثر من عنايتها بالجزئيات وتفاصيلها، وأبقت الشريعة مجالا واسعا للعرف المرسل، فهو إذن ميدان رحب للفقيه المجتهد لكي يخرج بحكم شرعي جديد للنازلة، وليكون على بصيرة من أمره، ويمتلك ملكة تامة، وخبرة علمية واسعة عن الموضوع، وللإجابة عن كثير من

الأسئلة التي تثار هنا وهناك على شرعية الاحتجاج بالعرف ومدى احتجاج الفقهاء به، لهذا ولغيرها كتبت هذا الكتاب.

❖ ثالثاً: أسئلة البحث:

الأسئلة التي يتمحور حولها موضوع البحث، ويسعى الباحث للإجابة عنها من خلال الدراسة، تتلخص فيما يأتي:

- هل احتجّ الفقهاء بالعرف؟
- ما هي المسائل الفقهية في باب المعاملات المالية التي تعتمد على العرف؟
- كيف نميز بين أنواع العرف، وكيف يكون العرف ملغياً؟
- هل لعادات الناس وأعرافهم أثر في الفقه الإسلامي؟

❖ رابعاً: أهداف البحث:

تتلخص أهداف الدراسة فيما يأتي:

- الإشارة إلى منزلة العرف وأهميته في المعاملات المالية.
- بيان اهتمام الشريعة الإسلامية بأعراف الناس وعاداتهم، والرجوع إليها في تعاملاتهم، لكي لا يقعوا في الضيق والحرج.
- دراسة احتجاجات الفقهاء بالعرف، وبيان اهتمامهم بعادات قومهم، واعتمادها دون الرجوع إلى الفتاوى المبنية على عرفٍ يخالف عرفهم.
- الحرص على دراسة المعاملات المالية، لما لها من أهمية في حياتنا اليومية.

❖ خامساً: حدود البحث:

حدود البحث تكمن في دراسة العرف من الناحية الأصولية، وبيان القواعد الفقهية المتعلقة به، وحصر المسائل الفقهية المبنية على العرف في المعاملات المالية خلال القرون الثمانية الماضية، ودراسة هذه المسائل دراسة فقهية مقارنة.

❖ سادساً: منهج البحث:

وأمّا المنهج الذي اتبعته في هذه الدراسة فهو كالآتي:

❈ المنهج الاستقرائي: وذلك بتتبع آراء الفقهاء من خلال الكتب الفقهية ومراجعتها، ثمّ سرد احتجاجهم بالعرف في المعاملات المالية، وتوثيقها بالرجوع إلى المصادر الأصلية.

❈ المنهج التطبيقي: وذلك بالاستشهاد بأهم تطبيقات العرف في المعاملات المالية.

❈ المنهج المقارن: وذلك من خلال مقارنة آراء الفقهاء المذاهب الفقهية المتبعة، وذكر آراء المعاصرين وأدلتهم في المسائل المستجدة، وعرض أقوال المذاهب، ومناقشة أدلتها، وبيان الرأي الراجح منها حسب قواعد الترجيح.

❈ عزو آيات القرآن الكريم إلى موضعها في المصحف، وذلك بذكر اسم السورة، ورقم الآية داخل قوسين معقوفتين في المتن.

❈ تخريج الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في هذه الدراسة من كتب الحديث المعتمدة، فإذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليهما أو إلى واحد منهما، أما إذا كان الحديث في غير الصحيحين قمت بتخريجه من الكتب الستة، أو غيرها من كتب السنة، مع بيان درجته، وذلك بالرجوع إلى أقوال المحدثين القدامى، وإن لم أجد عندهم أذكر آراء المعاصرين مع الاستفادة من دراساتهم.

❈ ذكر المصدر في الهامش، وذلك بذكر عنوان الكتاب مختصراً، دون ذكر المؤلف، فمثلاً: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، كتبتُ بدائع الصناع، مع ذكر الجزء والصفحة، أمّا عند التشابه بين العناوين أذكر عنوان الكتاب كاملاً، كالكافي في فقه أهل المدينة، والكافي في فقه الإمام أحمد، أمّا عند التشابه الكامل

بين العناوين أكتب عنوان الكتاب مع ذكر المؤلف كالأشباه والنظائر للسيوطي وابن نجيم، وعند تكرار المصدر مباشرة كتبت المصدر نفسه.

- ❄ اكتفيت بذكر سنة وفاة الأعلام في متن الرسالة بعد اسمه مباشرة.
- ❄ شرح المصطلحات الفقهية، والكلمات الغريبة الواردة في النص.
- ❄ التعريف بالأماكن والبلدان غير المشهورة الواردة في النص.

❖ سابعاً: الدراسات السابقة:

يمكن تقسيم الدراسات السابقة المتعلقة بموضوع هذه الدراسة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: دراسات تناولت موضوع العرف من ناحية أصول الفقه أو القواعد الفقهية، سواء أكانت بشكل مستقل، أم في ثنايا كتب الأصول والقواعد الفقهية، وهي كثيرة، ولا حاجة إلى إحصائها.

القسم الثاني: دراسات تناولت موضوع العرف دراسة فقهية تطبيقية، ومنها:

1) رسالة نشر العرف في بناء الأحكام، للعلامة ابن عابدين (ت: 1252هـ)، وهي مطبوعة ضمن مجموعة رسائله، وقد طبعت في بيروت، د ت، دار إحياء التراث العربي.
2) العرف والعادة في رأي الفقهاء، للأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة، حيث طبعت في مطبعة الأزهر عام 1947م.
3) نظرية العرف ضمن كتاب (المدخل الفقهي العام)، للأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا، حيث طبعت الطبعة الأولى في دمشق، دار القلم، 1998م.
4) نظرية العرف، للأستاذ الدكتور عبد العزيز الخياط، طبعت في عمان، مكتبة الأقصى، 1977م.

5) أثر العرف في التشريع الإسلامي، للأستاذ الدكتور السيد صالح عوض، وقد طبعت في القاهرة، دار الكتاب الجامعي عام 1981م.

6) قاعدة العادة محكمة، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، للأستاذ الدكتور يعقوب عبدالوهاب الباحسين، وقد طبعت في الرياض، الطبعة الأولى عام 2002م.

7) إعمال العرف في الأحكام والفتوى في المذهب المالكي، للشيخ محمد عبدالله ابن التمين، وقد طبعت في دبي، دائرة الشؤون الإسلامية عام 1990م.

8) العرف والعمل في المذهب المالكي، ومفهومهما لدى علماء المغرب، لأستاذ الدكتور عمر عبد الكريم الجيدي، وقد طبعت في المغرب، مطبعة فضالة، عام 1982م.

9) أثر العرف في فهم النصوص (قضايا المرأة أنموذجاً)، للدكتورة رقية طه جابر العلواني، وقد طبعت في دمشق، دار الفكر، عام 2003م.

10) العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، للدكتور حسنين محمود حسنين، وقد طبعت في دبي، دار القلم، عام 1988م.

وتمتاز هذه الدراسة عن الدراسات السابقة في النقاط الآتية:

- أولاً: اهتمت الدراسات السابقة بالناحية الأصولية النظرية، أما المسائل الفقهية المبنية على العرف كانت تبعاً لا أصلاً، أما في هذه الدراسة فإنّ المسائل الفقهية المبنية على العرف جاءت أصلاً لا تبعاً، والمناقشة تدور حولها.
- ثانياً: من الناحية التطبيقية لم تتناول الدراسات السابقة المسائل الفقهية موضوعاً محدداً، بل تنوعت المواضيع، ضمن الأمثلة التطبيقية، بخلاف هذه الدراسة فإنها تتناول المواضيع الفقهية المبنية على العرف في المعاملات المالية، والمرتبة وفق الأبواب الفقهية.

- ثالثاً: المواضيع الفقهية التي ذكرت في الدراسات السابقة لم تذكر بشكل مفصل، بخلاف هذه الدراسة فإنها تناولت المسائل الفقهية بصورة مفصلة.

القسم الثالث: دراسات تناولت العرف من ناحية فقهية تطبيقية، في الفقه الإسلامي ومن ضمنه المعاملات المالية، أو في مجال المعاملات المالية خاصة، ومن هذه الدراسات:

العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، للدكتور عادل عبد القادر محمد ولي قوتة، وهي رسالة ماجستير نوقشت بتاريخ 1415، في كلية الشريعة، جامعة أم القرى، وقد طبعت في مكة المكرمة، المكتبة المكية، 1418هـ- 1997م.

ما يميز هذه الدراسة عن رسالة الدكتور قوتة، يمكن بيانه فيما يأتي:

- أولاً: أنّ رسالة قوتة جامعة لمسائل العرف وتطبيقاته في المذهب الحنبلي، أمّا هذه الدرأسة فتشمل جميع المذاهب، فهي أعم من رسالة قوتة.
- ثانياً: اقتصر قوتة بسرد مسائل المعاملات المالية المبنية على العرف عند الحنابلة، ودراستها وفق المذهب الحنبلي، دون التطرق للمذاهب الأخرى، إلا في بعض المسائل فيذكر المذاهب الأخرى تبعاً دون التعرض للمقارنة، وعرض أدلة المخالفين ومناقشتها، أمّا في هذه الدراسة فجاءت مقارنة بين المذاهب الإسلامية مع عرض أدلتهم، ومناقشتها.

(1) المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية، للدكتور مشعل بن حمود بن فالح النفيعي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، السعودية، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الشريعة، وقد نوقشت سنة: 1436هـ

ما يميز هذه الدراسة عن رسالة الدكتور النفيعي، يمكن بيانه فيما يأتي:

- **أولاً:** قام الدكتور النفيعي بدراسة القواعد والضوابط الفقهية المبنية على العرف عند الشيخ ابن تيمية، فاقتصر من بين الفقهاء على ابن تيمية، أما هذه الدراسة فهي لم تقتصر على عالم معين كما هو الحال في رسالة الدكتور النفيعي.
- **ثانياً:** رسالة النفيعي شاملة لجميع أبواب الفقه، ومن ضمنها ذكر بعض مسائل من أبواب المعاملات المالية، ولم يستوعب جميعها، أمّا في هذه الدراسة فهي خاصة بفقه المعاملات المالية، شاملة لأكثر أبوابها.
- **ثالثاً:** رسالة النفيعي ذكر احتجاج الشيخ ابن تيمية بالعرف، فهو يُعَدُّ من فقهاء المذهب الحنبلي، فهذا يؤدي بدوره الاقتصار على المسائل المبنية على العرف في المذهب الحنبلي، ثمّ مقارنتها بالمذاهب الأخرى، أمّا هذه الدراسة فهي شاملة لجميع المذاهب.

- **ثامناً: الهيكل العام للبحث:**

انقسمت هذه الدراسة إلى مقدمة وفصل تمهيدي وثلاثة فصول:

المقدمة: وهي هذه، ففيها أهمية الموضوع، وأسباب اختيار البحث ومشكلته، وأسئلة البحث، وأهداف البحث، وحدوده، والمنهج العلمي الذي اتبعته، وعرض الدراسات السابقة، ثمّ بيان الهيكل العام بالدراسة.

- **الفصل الأول: المعاملات المالية والعرف ويتضمن المباحث الآتية:**
- **المبحث الأول:** مفهوم المعاملات المالية.
- **المبحث الثاني:** مفهوم العرف.
- **المبحث الثالث:** حجية العرف.
- **المبحث الرابع:** أثر العرف في الفقه الإسلامي.

- **الفصل الثاني: المعاملات المالية العوضية، ويتضمن المباحث الآتية:**

- **المبحث الأول**: عقد البيع، ويتضمن المطالب الآتية:
- **المبحث الثاني**: الخيار والشفعة.
- **المبحث الثالث**: السلم والربا.
- **المبحث الرابع**: البيوع.
- **المبحث الخامس**: البيع والشرط.
- **المبحث السادس**: الإجارة.

- **الفصل الثالث: المعاملات المالية غير العوضية، ويتضمن المباحث الآتية:**
- **المبحث الأول**: عقود المشاركة.
- **المبحث الثاني**: عقود التوثيق.
- **المبحث الثالث**: عقود التبرع.
- **المبحث الرابع**: عقود الاستيلاء.

❖ **تاسعاً: الخاتمة:**

ثم ختمت هذه الدراسة بسرد أهم ما توصلت إليها من نتائج، مع ذكر التوصيات.

ومن الله سبحانه وتعالى الاستمداد، وعليه التوكل والاعتماد، وهو نعم المولى ونعم النصير، وصلّى الله وسلّم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفصل الأول

المعاملات المالية والعرف

المبحث الأول: المعاملات المالية

المطلب الأول: مفهوم المعاملات المالية

أولاً: المعاملات لغة:

جمع معاملة: وهي مصدر من عامَلَ يُعامِل مُعاملةً: أي التصرف في البيع ونحوه، أصله من عَمِلَ: وهو عام في كلّ فعل يُفعل، والعِمَالة أجر ما عمل، والعَمَلَةُ: القوم يعملون بأيديهم ضروباً من العَمَلِ، والفاعل: عامل، والجمع عمّال وعاملون[1].

ثانياً: المعاملات اصطلاحاً:

ليس هناك تعريف محدد للمعاملات في كتب القدامى، لكن بالاستقراء تبين أنّ للمعاملات معنيين عند الفقهاء:

1. المعنى العام:

حيث قسّم الفقهاء أحكام الشريعة الإسلامية إلى عبادات ومعاملات وتسمى أيضاً بالعادات، وقد فصّلوا القول في التفريق بين القسمين لما يترتب على ذلك من أحكام شرعية، لذا عرّف الفناري (المتوفى 834هـ) العبادات بأنها: الإصلاح ما بين الناس وبين الله[2]، وعرف المعاملات: بأنها الإصلاح ما بين الناس، وكذلك ذكر البعلي (المتوفى 1192هـ) بأن العبادات: هي معاملة الخالق، والمعاملات هي معاملة الخلائق[3]، لذا نجد في كتب الفقه والأصول أنّ المعاملات يُطلق على الأحكام الشرعية المتعلقة بأمور الدنيا، وهو ما يقابل العبادات، لكن هذا ليس موضوع بحثنا.

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 145/4، المصباح المنير: 430/2.

(2) فصول البدائع: 301/1.

(3) كشف المخدرات: 357/1.

2. المعنى الخاص:

وهو ما ذكره الفقهاء ضمن الفروع الفقهية، ولكي يتبين معنى المعاملات لابدّ أن نتعرف على تقسيمات الفقهاء لموضوعات الفقه، ومن خلالها سوف يتبين مفهوم المعاملات والموضوعات التي تندرج تحت هذا المصطلح، لذا عند الرجوع إلى مصنفاتهم نجد أنهم اختلفوا في تقسيم موضوعات الفقه على النحو الآتي:

1.الحنفية: قسّموا موضوعات الفقه إلى ثلاثة أقسام (العبادات، والمعاملات، والعقوبات)، والمعاملات عندهم خمسة أقسام: المعاوضات المالية، والمناكحات، والمخاصمات، والأمانات، والتركات[1].

2.المالكية: قسّموا موضوعات الفقه إلى أربعة أرباع: ربع العبادات، وربع العادات، وربع الجنايات، وربع الأقضية والشهادات[2].

3.الشافعية والحنابلة: قسّموا موضوعات الفقه إلى أربعة أقسام: العبادات، والمعاملات، والنكاح، والجنايات[3].

استناداً لما سبق تبين أنّ باب المعاملات عند الحنفية والمالكية يدخل فيه البيوع والمعاملات المالية الأخرى، وكذلك النكاح، بخلاف الشافعية والحنابلة فإنّ النكاح لا يدخل عندهم ضمن باب المعاملات، وعليه فإنه ورد تعريف المعاملات في كتب المعاصرين على النحو الآتي:

1.(الأحكام الشرعية المتعلقة بالأمور الدنيوية)[4].

---

(1) ردّ المحتار: 79/1.

(2) لوامع الدرر: 6/8.

(3) ينظر: نهاية المحتاج: 58/1 والمبدع: 20/1.

(4) معجم لغة الفقهاء: 438.

2.(الأعمال التي يقوم بها المسلم وتنشأ عنها علاقات مع غيره من الناس)[1].

3.(الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال)[2].

أما التعريف الأول فقد عرّف المعاملات وفق المعنى العام الذي يقابل العبادات، أما الثاني فهو يشبه الأول لأنه لم يحدد أيضاً نوع هذه العلاقات التي يقوم بها المسلم، أما التعريف الأخير فهو الأرجح والأولى بالقبول من التعريفين السابقين، وقد وافق مع مسلك الشافعية والحنابلة الذين حصروا المعاملات بالمالية منها، وهذا المعنى هو المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق في العرف، وما زال الناس يسمون الأحكام التي تتعلق بالأموال بالمعاملات.

ثالثاً: مفهوم المال:

المال لغة: ما ملكه الإنسان من كل شيء، وما لم يملكه لا يسمى مالاً، والجمع أموال[3].

المال اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تحديد مسمى المال على رأيين:

1. رأي الحنفية: (المال هو ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة)[4].

يظهر من التعريف أن المال عند الحنفية هو ما توافر فيه الضوابط الآتية:

أ. ما يميل إليه الطبع، فالأشياء التي لا يميل إليها طبائع الإنسان لا يسمى مالاً عندهم، كلحم الميتة.

---

(1) أضواء على المعاملات المالية المعاصرة: 13.

(2) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: 12.

(3) القاموس المحيط: 1095.

(4) البحر الرائق: 277/5، ردّ المحتار: 501/4.

ب. هو ما يمكن ادّخاره، فالأشياء التي لا يمكن ادّخارها لا تسمى مالاً، وكذلك المنافع عندهم لا تسمى مالاً: لأنه لا يمكن ادّخارها[1].

2. رأي الجمهور: أما تعريف المال عند الجمهور فقد اختلف عن الحنفية، وكانت تعريفاتهم على النحو الآتي:

أ. تعريف المالكية: (هو ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به)[2].

ب. تعريف الشافعية: (المال ما كان منتفعاً به، وهو إمّا أعيان أو منافع)[3].

ج. تعريف الحنابلة: (المال هو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة)[4].

نلاحظ من هذه التعريفات أنها ذو مدلول واحد وإن اختلفت العبارات والألفاظ، وأنهم اتفقوا على اعتبار المنافع المباحة من الأموال، وأنها كالأعيان المادية، بخلاف الحنفية الذين اعتبروا الادّخار شرطاً في المال، وهذا لا يدخل المنافع في مسمى المال، لأنه لا يمكن ادّخارها، وكذلك اشترطوا كون المال مما تميل إليه القلوب، فإنّ من الأشياء مما لا تميل إليه القلوب ويسمى مالاً كالأدوية المرّة، لذا لا وجود لهذا الشرط عند الجمهور، فالحنفية ضيّقوا دائرة المال، بخلاف الجمهور الذين ذهبوا نحو التوسع حيث اعتبروا المال ماله منفعة من الأعيان أو المنافع.

والتعريف الراجح هو ما ذهب إليه المالكية بأنّ المال هو كلّ ما له قيمة بين الناس، وله منفعة حسب الشرع والعرف، فتبين أنّ التعريف قد أعطى للعرف دوراً بارزاً في تحديد المال، لأن تحديد المنفعة راجعة إلى عرف الناس وعاداتهم.

---

(1) ردّ المحتار: 501/4.

(2) أحكام القرآن لابن العربي: 72/2.

(3) المنثور في القواعد الفقهية: 222/3.

(4) المقنع: 152.

رابعاً: مفهوم المعاملات المالية:

تبين مما سبق أنّ للمعاملات مفهوماً عاماً وهو ما سوى العبادات، وغالبا ما يذكر هذا المعنى عند تقسيم الأحكام الشرعية إلى عبادات ومعاملات، وتبين كذلك أن المعاملات عند الحنفية والمالكية تشمل المالية منها كالبيع والسلم والهبة وغير المالية كالنكاح، أما عند الشافعية والحنابلة فعند إطلاق المعاملات فإنهم يعنون بها المالية فقط، وهذا يبدو واضحاً وجلياً في كتب المعاصرين فإنّهم قيدوا المعاملات بالمالية، وصارت المعاملات المالية مصطلحاً جديداً لم يذكره الفقهاء القدامى، وأصبح استخدامه في الأبحاث العلمية كثيراً، وأولى العلماء المعاصرون اهتماماً خاصاً بها، وعلى هذا يكون تعريف المعاملات المالية اصطلاحاً على النحو الآتي:

1. (هي مجموعة المبادلات والمعاوضات المالية التي تكون بين طرفين)[1].

2. (هي القضايا المالية التي استحدثها الناس في العصر الحديث، أو القضايا التي تغيرت بموجب الحكم عليها نتيجة التطور وتغيير الظروف أو القضايا التي تحمل اسماً جديداً أو القضايا التي تتكون من عدة صور قديمة)[2].

تبين من خلال ما تقدّم من تعريف المال والمعاملات، وتعريف المعاصرين للمعاملات المالية كمصطلح مستجد، فالراجح هو التعريف الأول القائل بأنّها مجموعة المبادلات والمعاوضات المالية التي تكون بين طرفين.

شرح التعريف:

- المبادلات: ليشمل المعاملات غير العوضية كالهبة والوقف والوصية وغيرها.

---

(1) المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام: 16.

(2) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: 15.

- المعاوضات: ليشمل المعاملات العوضية كالبيع والسلم والإجارة والشركات وغيرها. والمعاوضة والمبادلة من صيغة المفاعلة وهي المشاركة بين الطرفين، فلا حاجة إلى ذكر الطرفين في التعريف.
- المالية: يشمل المنافع والأعيان بناء على مذهب الجمهور في قولهم بأنّ لفظ المال يشمل المنافع والأعيان، وأرى أنّ هذا التعريف أرجح من التعريف الثاني لأنه أشبه ما يكون تعريفاً للمعاملات المالية المعاصرة فقط.

المطلب الثاني: تقسيمات المال

ينقسم المال عموماً عند فقهاء المسلمين إلى عدة تقسيمات، وذلك اعتماداً على عدة اعتبارات، ولكلّ قسم من هذه الأقسام آثار فقهية وهي كالآتي:

أولا: المنقول وغير المنقول:

المال عند الفقهاء من حيث نقله وتحويله من مكان إلى آخر ينقسم إلى قسمين:

المنقول: هو الشيء الذي يُنقل من محل إلى آخر، كالنقود والحيوانات والمكيلات والموزونات، وغير المنقول: هو ما لا يمكن نقله من مكان إلى آخر كالدور والأراضي[1].

لهذا التقسيم أثر في الفقه الإسلامي، ويظهر فيما يأتي:

1. الشفعة: الفقهاء متفقون على أنّ الشفعة تثبت للشريك في العقار، أما المال المنقول ففيه خلاف بين فقهاء المسلمين[2].
2. الوقف: اتفق الفقهاء على جوازه في العقار، أما المنقول فقد اختلف الفقهاء في جواز الوقف فيه[3].

---

(1) مجلة الأحكام العدلية: 31.

(2) ينظر: بدائع الصنائع: 12/5، ولوامع الدرر: 596/10، وشرح صحيح مسلم للنووي: 47/11، والمجموع: 299/14، وكشاف القناع: 137/4.

(3) ينظر: الهداية: 17/3، والذخيرة: 312/6- 313، وروضة الطالبين: 314/5، والإنصاف: 7/7.

ثانياً: المثلي والقيمي:

ينقسم المال عند الفقهاء من حيث تماثل أجزائه وعدم تماثلها إلى مثلي وقيمي:

المثلي: هو كلّ ما يوجد له مثل في الأسواق، بلا تفاوت يعتدّ به[1].

والمعيار في تحديد المثليات هو الكيل والوزن والعدد، فالمثلي مالٌ يتداوله الناس فيما بينهم، وله نظير في السوق، وتخضع للوحدات القياسية العرفية المتداولة، وهي الوزن، والحجم، والطول، والعدد[2].

القيمي: هو ما ليس له مثل متداول في الأسواق، كالأراضي والدور[3].

أثر هذا التقسيم في الفقه الإسلامي يظهر في المثالين الآتيين:

1. **الضمان: المثلي يضمن مثله عند إتلافه، أما القيمي فيضمن قيمته لعدم وجود المثل، ولا يصار إلى القيمة إلا إذا انقطع المثلي، فحينئذ يُصار إلى القيمة، وقد يحصل بين الفقهاء خلاف في تحديد كون المال مثلياً فيرد المثل، أو قيمياً فترد القيمة، وقد ذكر الفقهاء هذا الموضوع مفصلاً في مصنفاتهم المتعلقة بهذا الباب[4].**
2. **رؤية المبيع: تختلف رؤية المبيع من حيث كونه مثلياً أو قيمياً، فالمثلي لا يجوز فيه خيار الرؤية عند وصفه في الذمة لأنه بمنزلة رؤيته بالعين، ولأن رؤية أحد آحاده أو أجزائه يُغني عن رؤية الآحاد أو الأجزاء الأخرى[5].**

---

(1) الدر المختار: 614.

(2) ينظر: قاعدة المثلي والقيمي: 16، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 402.

(3) الدر المختار: 614، معجم لغة الفقهاء: 374.

(4) ينظر: العناية: 421/8، وبداية المجتهد: 699، وحاشية الجمل على شرح المنهج: 478/3، ودقائق أولي النهى: 320/2.

(5) الموسوعة الفقهية الكويتية: 67/20.

أما القيمي، فلابدّ من رؤية المبيع للدلالة على المقصود، وإن كان المبيع ذا أجزاء أو أكثر من واحدٍ، فلا بدّ من رؤية كلِّ جزء أو كلّ واحد منها، لأنّ رؤية البعض لا يُغني عن رؤية الآحاد والأجزاء الباقية[1].

أثر هذا التقسيم في الفقه الإسلامي: قد يتدخل العرف في تحديد المال المثلي أو القيمي، لأنّ تحديد نوع المال تقديري يرجع إلى أعراف الناس، أو قد يتحول المثلي إلى القيمي أو بالعكس، وذلك بحكم العرف.

وخير مثال على ذلك كما ذكره القره داغي أنّ المصنوعات لم تكن من المثليات، لأنها كانت تصنع باليد، وتتفاوت صناعات اليد وتختلف، أما في عصرنا الحاضر فيمكن اعتبار المصنوعات التي تنتجها المصانع الآلية من المثليات بخلاف المصنوعات التي تصنع باليد، لأنّ القماش الذي ينتجه مصنع معين عند إتلافه نستطيع ردّ مثله من نفس الشركة والمصنع[2].

ثالثاً: المتقوم وغير المتقوم:

قسّم فقهاء الحنفية المال إلى المتقوم وغير المتقوم، فالمتقوم عندهم هو ما يباح الانتفاع به، ويمكن ادخاره، أما غير المتقوم فهو ما لا يباح الانتفاع به كالخمر والخنزير بحق المسلم، أما بالنسبة للذمي، فالخمر والخنزير يعتبران مالاً متقوما، لأنه يجوز الانتفاع بهما شرعاً، وغير المحترز كالسمك في البحر، فإذا اصطيد السمك صار متقوماً[3].

يظهر أثر هذا التقسيم في الفقه الإسلامي في مسألة التصرف، حيث يصحّ التصرف بالمتقوم، بالبيع والهبة والإجارة وغيرها بخلاف غير المتقوم الذي لا يصحّ بيع الأموال

---

(1) المصدر نفسه.

(2) ينظر: قاعدة المثلي والقيمي: 17.

(3) ينظر: البحر الرائق: 277/5، ومجلة الأحكام العدلية: 31.

المباحة التي تعتبر من غير المتقوم كالسمك في البحر، والطير في الهواء، وبيع الأموال النجسة كالخمر والخنزير[1].

المبحث الثاني: العرف

المطلب الأول: مفهـــوم العـــرف

أولاً: العرف لغة:

للعرف في معاجم اللغة العربية معانٍ عديدة منها:

(1) التتابع: أي تَتَابُعُ الشيءِ متصلاً بَعضُه ببعضٍ، ومنه عُرْفُ الفرَسِ، وسُمّيَ بذلك لتتابع الشَّعْر عليه، ويُقال: جاءتْ القطا عُرْفا أي بعضُها خَلْفَ بَعْض[2].

(2) المعروف: ضَدُّ المنكرِ وهو كلُّ ما تعرفه النفسُ من الخيرِ وتطمئنّ إليه، وسمّي المعروف بذلك لأنّ النفوس تسكن إليه، ولأنّ مَنْ أنكر شيئاً توحّش منه[3].

(3) الجُود: هو ما يبذله الإنسان ويسديه، قال الشاعر:

(4) إن ابن زيد لا زال مستعملا للخير، يفشي في مصره العرفا[4]

(5) العالي المرتفع: عُرْف الأرضِ هو ما ارتفع منها، وعُرْف الرَّمل والجبل وكل عال ظهره وأعاليه، وهو كل عالٍ مرتفع، والجمع أعراف[5].

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع: 143/5، ورد المحتار: 385/6.

(2) معجم مقاييس اللغة: 281/4.

(3) ينظر: معجم مقاييس اللغة، 1979: 281/4، ومختار الصحاح: 426.

(4) لسان العرب: 112/10.

(5) المصدر نفسه: 113/10.

(6) الاعتراف: والعُرف الاسم من الاعتراف، يُقال: له عليّ ألفٌ عُرفاً، أي اعترافاً[1].

ثانياً: العرف اصطلاحاً:

عرّف الفقهاء والأصوليون العرف بعبارات مختلفة مع تقارب في المعنى والمدلول، فيما يأتي عبارات المتقدمين ثمّ المعاصرين في تعريفهم للعرف:

1. تعريف القدامى للعرف:

لعلّ أول مَن ذكر تعريفه هو النسفي (ت: 710هـ)، فقال: (هو ما استقرّ في النفوس من جهة قضايا العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول)[2].

شرح التعريف:

لفظ (ما) عام يشمل القول والفعل، وقوله (ما استقرّ في النفوس) يخرج عنه ما حصل بطريق الندرة ولم يعتده الناس، فإنه لا يعدّ عرفاً، لأنه لم يستقر في النفوس، وقوله (من جهة العقول) يخرج ما استقرّ في النفوس من جهة الأهواء والشهوات كتعاطي المسكرات، وقوله (تلقته الطباع السليمة بالقبول) يخرج به ما أنكرته الطباع أو بعضها، فإنه لا يعدّ عرفاً[3].

وتعريف الجرجاني (المتوفى 816هـ) قريب من هذا التعريف حيث قال: (ما استقرّ النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول)[4]، وكذلك عرّفه الجمل(المتوفى 1204هـ) بقريب من هذا، فقال: (ما استقرّ في العقول وتلقته الطباع السليمة

---

(1) مختار الصحاح: 426، لسان العرب: 112/10.

(2) المستصفى: 425/1.

(3) العرف والعادة في رأي الفقهاء: 8.

(4) التعريفات: 244.

بالقبول)[1]، ويتبين أن هذه التعريفات متقاربة في المعنى وإن ظهر فيها شيء من الاختلاف في اللفظ.

2.تعريف المعاصرين للعرف:

أما المعاصرون فقد نقل بعضهم تعريف النسفي، أو الجرجاني بحروفه، أما الآخرون فقد كانت عباراتهم مختلفة في تعريف العرف مع اتفاقهم من جهة المضمون والمدلول، ومن تعريفاتهم ما يأتي:

- تعريف أبو زهرة: (ما اعتاده الناس من معاملات واستقامت عليه أمورهم)[2].
- تعريف الزرقا: (العرف عادة جمهور قوم في قول أو فعل)[3].
- تعريف الزلمي :(ما تكرر استعماله من فعل أو قول حتى اكتسب الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات)[4].

ويتبين مما تقدّم أنّ مفردات التعريف الاصطلاحي مأخوذة من التعريف اللغوي، وأنّ مدار تعريف العرف عند القدامى والمعاصرين على ما تكرر من قول أو فعل، لذا من الأولى أن نقول في تعريف العرف: هو ما انتشر بين الناس من قول أو فعل، واستقرّ في نفوسهم، وشهد له العقول السليمة، وأَلِفته الفطرة الصحيحة، وأنّه يجب أنْ يتوافر في العرف الصحيح ما يأتي:

1) التتابع والتكرار للفعل أو القول.
2) الاستقرار في نفوس الناس، والاطمئنان له.

---

(1) حاشية الجمل:60/1.

(2) أصول الفقه: 273.

(3) المدخل الفقهي العام: 872/2.

(4) أصول الفقه في نسيجه الجديد: 109.

3) القبول من العقول السليمة، والموافقة للفطرة الصحيحة.

المطلب الثاني: الفرق بين العرف والعادة

قبل الحديث عن الفرق بين العرف والعادة لابدّ من تعريف العادة لغة واصطلاحاً:

أولاً: العادة لغة: يأتي لفظ العادة في اللغة بمعنى الرجوع والديدن والمواظبة، واعتاده وأعاده واستعاده: أي جعله من عادته[1].

ثانياً: العادة اصطلاحاً: فقد عرّفها الجرجاني: (ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى)[2]، وقال الزرقا في تعريف العادة: (الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية)[3].

ثالثاً: الفرق بين العرف والعادة:

اختلفت عبارات الفقهاء والأصوليين في تعريفهم للعرف والعادة، ومن خلالها تظهر العلاقة بين العرف والعادة وبيان النسبة بينهما على ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: العادة أعم من العرف، حيث إنّ باب العادة عندهم أوسع، لأنه يشمل كل أمر متكرر من الأفعال أو الأقوال الصادرة من فرد أو جماعة، بخلاف العرف الصادر من جماعة، ولا تختلف العادة سواء أكان مصدرها العقول أم الأهواء والشهوات،

---

(1) القاموس المحيط: 300.

(2) التعريفات: 244.

(3) المدخل الفقهي العام: 871/2.

بخلاف العرف الذي مصدره العقول السليمة فقط[1]، واختار الزرقا وأبو سنة هذا الاتجاه[2].

الاتجاه الثاني: العرف أعمّ من العادة، حيث، إنّ العرف يشمل الفعل والقول كما هو مبين من تعريفه، والعادة تشمل العمل فقط وهو ما يسمى بالعرف العملي[3].

الاتجاه الثالث: أنّ العرف والعادة بمعنى واحد، والعلاقة بينهما الترادف وهو رأي جماعة من العلماء[4]، وهذا يظهر جليا عند تعريف الفقهاء للعرف وعطفه على العادة منهم النسفي وابن عابدين[5]، وقد ذكر ابن عابدين تعريفاً واحداً للعرف والعادة ثم قال: (العرف والعادة بمعنى واحد)[6]، وقال الزلمي: (والاتجاه السائد لدى فقهاء الشريعة هو التسوية بينهما)[7].

الراجح: هو الاتجاه الثالث، لأنّ الفقهاء والأصوليين عندما يذكرون العرف يقصدون به العادة والعكس صحيح، وقد يكون هناك اختلاف بينهما من جهة اللغة، لكن من جهة الاصطلاح يظهر أنهما بمعنى واحد، والله أعلم.

---

(1) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: 10، وتطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة: 26.

(2) المدخل الفقهي العام: 874/2، والعرف والعادة في رأي الفقهاء: 10.

(3) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: 13، وأصول الفقه في نسيجه الجديد: 109، ونظرية العرف: 27.

(4) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: 13، وأصول الفقه في نسيجه الجديد: 109.

(5) ينظر: المستصفى: 425/1، ومجموعة رسائل ابن عابدين: 114/2.

(6) مجموعة رسائل ابن عابدين: 114/2.

(7) أصول الفقه في نسيجه الجديد: 109.

المطلب الثالث: تقسيمات العرف

ينقسم العرف إلى ثلاثة أقسام، وذلك استناداً على ثلاثة اعتبارات:

1. العرف القولي(اللفظي) والعرف العملي (الفعلي): وذلك باعتبار سببه ومتعلقه.
2. العرف العام والعرف الخاص: وذلك باعتبار مَنْ يصدر عنه.
3. العرف الصحيح والعرف الفاسد: وذلك باعتبار موافقته للشريعة أو مخالفته لها[1].

وقد تجتمع هذه الصفات في عرفٍ واحد، فالعرفُ العام قد يكون قولياً أو فعلياً، صحيحاً أو فاسداً، والخاص كذلك، كعقد الاستصناع فإنه عقد عام فعلي صحيح[2].

وفيما يأتي التعريف بأقسام العرف الثلاثة:

القسم الأول: العرف القولي والعرف العملي:

1.العرف القولي: (هو أن يتعارف الناس على إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره)[3].

أي هو ما انتشر بين الناس استعمال بعض الألفاظ والكلمات لمعانٍ مخصوصة، ومن أمثلة العرف القولي في المعاملات المالية[4]:

- اعتياد الناس إطلاق لفظ اللحم على لحم الغنم والبقر والدجاج دون السمك، فإن قيل: اشترِ لحماً انصرف إلى لحم غير السمك.

---

(1) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: 17، نظرية العرف: 23، والعرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة: 251/1.

(2) نظرية العرف: 32.

(3) مجموعة رسائل ابن عابدين: 114/2.

(4) ينظر: مجموعة رسائل ابن عابدين: 115/2. ونظرية العرف: 34.

- اعتياد الناس في بعض البلدان إطلاق لفظ الدراهم على النقود الرائجة، سواءً أكانت دنانير أم دراهم أم قروشاً أم نقوداً ورقيةً، مع أنّ الدراهم في الأصل محدودة المعنى لما سُكَّ من فضة.

2. العرف العملي: (هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية)[1].

هو ما شاع بين الناس تعارفهم على بعض الأعمال والأفعال، ومن أمثلة العرف العملي في المعاملات المالية[2]:

- اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة، على أن تكون حمولتها على البائع.
- اعتياد الناس تقسيط الأجور السنوية للعقارات إلى أقساط متعددة.
- ما تعارف عليه الناس في التعامل ببعض أنواع النقود دون بعض.
- اعتياد الناس دخول الدوائر الرسمية أو الأماكن العامة والجلوس في الأماكن المخصصة، دون استئذان.

القسم الثاني: العرف العام والعرف الخاص:

1. العرف العام: (هو ما تعامله عامة أهل البلاد سواء أكان قديما أم حديثا)[3]، أي أن يكون العرف معروفا ومنتشرا عند عامة الناس، أو عند أغلب أهل البلاد في وقت من الأوقات، وهذا العرف يسمى بالعرف الدولي، وهو لا يختص بإقليم دون إقليم، بل يشمل جميع الدول[4].

ومن أمثلة العرف العام في المعاملات المالية[5]:

---

(1) المدخل الفقهي العام: 876.

(2) ينظر: المدخل الفقهي العام: 876، وقاعدة العادة محكمة: 39.

(3) مجموعة رسائل ابن عابدين: 115/2.

(4) ينظر: الوجيز في أصول الفقه لوهبة الزحيلي: 97، وأصول الفقه في نسيجه الجديد: 111.

(5) ينظر: مجموعة رسائل ابن عابدين: 115/2، وقاعدة العادة محكمة: 41.

- تعارف الناس على العمل بعقد الاستصناع، والبيع بالمعاطاة، دون ذكر الإيجاب والقبول.
- تعارف الناس في تحديد ساعات العمل إلى ثمان ساعات.
- تعارف الناس تزويد السيارات بالعجلة الاحتياطية والرافعة، دون ذكرهما في العقد.

2.العرف الخاص: (هو ما يتعارفه أهل بلدة أو إقليم أو طائفة معينة من الناس)[1]، إنّ لكل بلد وإقليم ومنطقة وشعب أعرافاً وعادات فعلية خاصة في الملبس والمسكن والمشرب والمآكل والمعاملات، كما توجد أعراف يشترك فيها جميع الناس[2].

ومن أمثلة العرف الخاص في المعاملات المالية[3]:

- ما تعارف عليه التجار فيما يعد عيباً في المبيع، وذلك لرده أو نقص ثمنه.
- ما تعارف عليه بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسطا إلى عدد معلوم من الأقساط.
- تعارف بعض المحامين تعليق بعض الأجور على نجاح الدعوى.
- ألفاظ الوقف والوصية والوكالة وغيرها، فإنها تختلف باختلاف البلدان والناس.

القسم الثاني: العرف الصحيح والعرف الفاسد:

1. العرف الصحيح: (ما تعارفه الناس وليس فيه مخالفة لنص شرعي، ولا تفويت لمصلحة، ولا جلب مفسدة)[4].

---

(1) الوجيز في أصول الفقه لوهبة الزحيلي: 98.

(2) أصول الفقه في نسيجه الجديد: 112.

(3) ينظر: المدخل الفقهي العام: 878، ونظرية العرف: 33- 34.

(4) نظرية العرف: 37.

فالعرف الصحيح: هو الذي يوافق مقاصد الشريعة، ويتوافر فيه شروط العرف، فإذا اختلّ شرط من شروط العرف صار فاسداً أو ملغياً.

ومن أمثلة العرف الصحيح في المعاملات المالية[1]:

- تعارف الناس تقديم الهدايا من الخطيب لخطيبته، دون احتسابها من المهر.
- تعارف الناس في وقف المنقول.

2. العرف الفاسد: هو العرف الذي يتعارض مع قاعدة شرعية[2].

ومن أمثلة العرف الفاسد في المعاملات المالية[3]:

- تعارف الناس على لعب القمار.
- تعارف التجار على اعتبار الفوائد الربوية من الأرباح.

---

(1) ينظر: نظرية العرف: 37، وقاعدة العادة محكمة: 44.

(2) أصول الفقه في نسيجه الجديد: 112.

(3) ينظر: الوجيز في أصول الفقه لوهبة الزحيلي: 98، وقاعدة العادة محكمة: 45.

المبحث الثالث: حجية العرف

المطلب الأول: حجية العرف

الاحتجاج بالعرف واعتباره دليلاً من الأدلة الشرعية، وأصلاً من أصول الفقه، محل اتفاق بين المذاهب الفقهية، حيث أخذوا بالعرف، واستدلوا به في كثير من المسائل الفقهية التي ليس لها نص قطعي، فعند الاستقراء والتتبع في الكتب الفقهية نجد أن الفقهاء يستدلون به كثيراً، قال القرافي (ت: 684هـ): (أمّا العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها)[1].

وقد استدلّ الفقهاء والأصوليون على حجية العرف بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع:

1. القرآن الكريم:

- قول الله ﷻ: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199]، العرف في هذه الآية هو كلّ ما عرفته النفوس السليمة، مما لا ترده الشريعة[2].

وجه الدلالة في الآية: أنّ الله سبحانه وتعالى أوجب على المسلمين الرجوع إلى العرف عند الاختلاف في المسائل التي تعتمد على العرف كنقد البلد، والحمولة، وغير ذلك[3].

- وقول الله ﷻ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233].

---

(1) شرح تنقيح الفصول: 448.

(2) المحرر الوجيز: 491/2.

(3) الطرق الحكمية: 79.

وجه الدلالة في الآية: أنّ المرجع والمعيار في تحديد الرزق والكسوة هو العرف والعادة، وذلك في تحديد عدد الكسوة ونوعها وجنسها وقدرها، لأنّ الشرع أوجب كسوة غير مقدّرة، فعند التقدير يُرجع إلى العرف السائد في البلد[1].

- وقول الله ﷻ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6].

وجه الدلالة: أنزلت في ولي اليتيم، له أنْ يأكل من مال اليتيم على ما يقتضيه العرف، ففيها دليل على اعتبار العرف، وهو الموافق للأصول، وذلك أن الشرع قانون إلهي لرفع النزاع بين النّاس ورعاية معاشهم[2].

2. السنة النبوية:

- روي موقوفاً عن ابن مسعود ﷺ أنه قال: ((مَا رَآهُ المسلِمُونَ حَسَناً فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ))[3]، استدلّ به كثير من الفقهاء على حجية العرف[4]، وقد استدلوا به على أنه حديث مرفوع لكنه موقوف عن ابن مسعود ﷺ حيث قال ابن حجر (ت: 852هـ) : (لم أجده مرفوعاً، وقد أخرجه أحمد موقوفاً عن ابن مسعود بإسناد حسن)[5]، يمكن الاستدلال بهذا الحديث وإن كان موقوفاً عن ابن مسعود ﷺ على قول مَنْ يأخذ بقول الصحابي كما هو مقرر في أصول الفقه، أو هو في حكم المرفوع لأنّ هذا القول لا يصدر

---

(1) البيان: 208/11.

(2) الكوثر الجاري: 461/4.

(3) مسند أحمد: 84/6، مسند عبدالله بن مسعود ﷺ رقم الحديث: 3600، وقال ابن حجر: (لم أجده مرفوعاً، وقد أخرجه أحمد موقوفاً عن ابن مسعود بإسناد حسن)، الدراية: 187/2.

(4) ينظر: المحصول: 22/3، وفتح القدير: 10/7.

(5) الدراية: 187/2.

عن اجتهاد فيأخذ حكم المرفوع كما هو مقرر في علوم الحديث، فعلى هذا يكون الحديث صحيحاً في حكم المرفوع ودليلاً قوياً في إثبات العرف[1].

- عن عائشة رضي الله عنها أنّ هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله ﷺ إنّ أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: ((خُذي مَا يَكفيكِ وَوَلدَكِ بالمَعْروفِ))[2].

قال ابن حجر: (وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشرع)[3].

وجه الدلالة: أنّ الرسول ﷺ أذن لها بأن تأخذ ما يكفيها وولدها بالقدر المتعارف عليه بين الناس، ولم يحدد لها شيئا معلوماً من النفقة، لأنها تتغير بتغيير المكان والزمان، فجعل ﷺ تقدير النفقة وتحديدها حسب العرف السائد عند الناس وهذا يعتبر دليلاً قوياً على اعتبار العرف.

---

(1) ينظر: النكت على كتاب ابن الصلاح: 531/2، وشرح القواعد الفقهية: 219.

(2) صحيح البخاري: 71/9، كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب، رقم الحديث: 7180.

(3) فتح الباري: 631/9.

- الاستدلال بالسنة التقريرية حيث كانت الأعراف سائدة ومنتشرة في عصر النبوة، واطلع عليها الرسول ﷺ وأقرّ ما وافق منها أصول الشريعة، ومن ذلك أنواع العقود والمعاملات كبيع العرايا[1]، والاستصناع[2]، والمضاربة، والسلم[3].

3. الإجماع:

اتفق العلماء عمليًا على اعتبار العرف الصحيح حجة ودليلًا من أدلة الشرع، وإن اختلفوا في اعتباره مصدرًا مستقلًا[4].

---

(1) العرايا: لغة: جمع عريّة، وهي النخلة التي يُعريها صاحبها شخصاً آخر، فيجعل له الثمر لمدة عام، فيَعروها: أي يأتيها، واصطلاحاً: بيع الثمر في رؤوس النخل بالتمر، ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي: 137، والمصباح المنير: 403/2.

(2) الاستصناع: لغة: مصدر استصنع الشيء: أي دعا إلى صنعه، واصطلاحاً: عقد على مبيع في الذمة، وشرط عمله على الصانع، ينظر: تحفة الفقهاء: 362/2، ولسان العرب: 291/8.

(3) ينظر: الوجيز في أصول الفقه لزيدان: 254، والعرف حجيته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة: 134/1.

(4) حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: 395/2، العرف والعادة في رأي الفقهاء: 23، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي لمحمد الزحيلي: 267.

المطلب الثاني: شروط الاحتجاج بالعرف

اشترط الفقهاء والأصوليون عدة شروط في العرف الذي يُبنى عليه الأحكام الشرعية، وإذا اختلّ شرط من هذه الشروط، لم يصحّ الاعتداد به، وتتلخص هذه الشروط على النحو الآتي:

1. أن يكون العرف مطرّداً أو غالباً:

إنما يعتبر العرف إذا اطّرد، فإن اضطرب فلا يعتدّ به[1]، فمعنى مطرداً أن يكون العمل به مستمرا في جميع الحوادث، ومعنى غالباً أن يكون العمل به عند الأكثرية والأغلبية من أهل البلد، أما إذا تخلّف العمل به في قليل من الحوادث أو عند قليل من الناس فلا يضرّ، لذلك فلا اعتبار للعرف المضطرب بين الناس، وقد يعبّر عن المطرد أو الغالب بالعام أي الشائع المستفيض بين أهله بحيث يعرفه الجميع في البلد كله أو في إقليم خاص[2]، ومن ذلك مَنْ استأجر أرضاً للزراعة وأطلق العقد، إن كان العرف مطرداً بدخول نصيبه من الماء دخل فيه بمجرد العقد، ولم يحتج إلى ذكره في العقد، لكن إذا اضطرب عرف البلد فيه لم يدخل نصيبه من الماء فيه بمجرد العقد[3].

مثال العرف المضطرب: أنّه من استأجر بيتاً أو محلاً فإنَ العرف السائد في بلدنا مضطرب في تقديم الأجرة في بداية الشهر أو تأخيرها إلى نهاية الشهر، لذا لا اعتبار للعرف هنا لأنه مضطرب ولابدّ من ذكر تقديم الأجرة أو تأخيرها في العقد.

---

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي: 92.

(2) ينظر: الوجيز في أصول الفقه لزيدان: 256، والعرف والعادة في رأي الفقهاء: 56.

(3) المجموع: 11/5.

2. أن يكون العرف موجوداً عند إنشاء العقد:

أي أن يكون العرف المراد تحكيمه والعمل به سابقاً أو موجوداً عند إنشاء العقد، فالعرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، فإن أوجد العرف بعد إنشاء العقد لم يعتد به، فلا عبرة بالعرف الطارئ، ولا أثر له على ما سبقه من العقود[1].

3. ألّا يتفق المتعاقدان على استبعاد العرف:

أي أن لا يصرّح المتعاقدان بعدم العمل بالعرف الجاري، فيقدّم حينئذٍ اتفاق المتعاقدين على العرف، ومن ذلك أن العرف عند البيع أنّ مصاريف التصدير على المشتري، فلو اتفق العاقدان على أن تكون المصاريف على البائع يُعمل حينئذٍ بما اتفقا ولا يلتفت إلى العرف[2].

ومثاله: مَن استأجر أجيراً للعمل له من الصباح إلى الظهر فقط، فليس له أن يلزمه للعمل من الصباح إلى العصر بحجة أنَّ عرف البلد هكذا[3].

4. ألّا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع:

العرف الصحيح هو الموافق للنصوص الشرعية والقواعد الأساسية، فإن خالف الأدلة الشرعية أو أدّى تطبيقه إلى تعطيل العمل بالحكم الشرعي، اعتبر هذا العرف فاسداً ملغياً، ولا يجوز حينئذٍ العمل به، لأن المبني على الفاسدِ فاسدٌ، ولأن النصّ مقدّم على العرف، وإذا لم يترتب على العرف تعطيل للنص الشرعي، أو أمكن التوفيق بين النص والعرف عندئذٍ يكون العرف معتبراً[4].

---

(1) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: 96، والأشباه والنظائر لابن نجيم: 86.

(2) العرف والعادة في رأي الفقهاء: 67.

(3) ينظر: نظرية العرف: 57.

(4) المدخل الفقهي العام: 902/2، الوجيز في أصول الفقه لزيدان: 256.

ومن ذلك ما تعارف عليه الناس في بلدنا من شراء العملات الأجنبية كالدّولار الأمريكي بالدينار العراقي ديناً، يعتبر هذا العرف ملغياً لأنه مخالف للنص الشرعي الذي ينص على أن العقد إذا وقع على مالين ربويين متفقين في العلة وجب التقابض في المجلس، ولا يجوز بيعه ديناً، لذا الدولار والدينار يعتبران مختلفين في الجنس، ومتفقين في العلة فوجب التقابض في المجلس، وتعارف بعض الناس عندنا في تحريم المرأة من ميراثها، فهذا العرف لا يُعتدّ به لمخالفته الأدلة الشرعية.

5.أن يكون العرف ملزماً:

بمعنى أن يتحتم العمل بمقتضى العرف عند الناس، مثال العرف غير الملزم هو ما تعارف عليه الناس من التهادي في مناسبات معينة فإنّه لا يكون ملزماً[1].

---

(1) العرف والعادة في رأي الفقهاء: 67.

المبحث الرابع: أثر العرف في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: مجالات إعمال العرف في الفقه الإسلامي

يمكن ضبط مجالات إعمال العرف في المسائل الفقهية التي تبنى عليه، وذلك وفق الضوابط والقواعد التي ذكرها الفقهاء قديماً وحديثاً لحصر التطبيقات والاستعمالات الفقهية المبنية على العرف على النحو الآتي:

المجال الأول: العرف يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً[1]:

الظاهر في بعض المسائل الفقهية أنّ العرف هو الدليل الذي دلّ على مشروعيتها لكن الدليل في الحقيقة يكون السنة أو الإجماع أو المصلحة المرسلة أو أصل الإباحة وليس العرف ومما يندرج تحت هذا النوع المضاربة والسلم والاستصناع[2].

المجال الثاني: الكشف عن الصفات التي هي مناط الحكم[3]:

وقد عبّر عن هذا المجال ابن حجر بقوله: (الرجوع إلى العرف في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية)[4]، المراد به هو الرجوع إلى العرف في الأحكام الكلية عند تطبيقها على جزئيات الحوادث، وتفاصيل الأمور، وذلك مثل ثبوت خيار المجلس في البيع وسقوطه عند تفريق العاقدين، ومما يُستدلّ به على حجية العرف في هذا المجال قوله ﷻ: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ

---

(1) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: 27.

(2) ينظر: أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي: 278.

(3) قاعدة العادة محكمة: 141.

(4) فتح الباري: 513/4.

تَحۡرِيرُ رَقَبَةٖۖ﴾ [المائدة: 89]، فقد أحال الله سبحانه وتعالى مقدار الواجب من الإطعام إلى الوسط مما يُطعم منه الأهلين في العادة[1].

المجال الثالث: تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال[2]:

المراد من هذا النوع أن تنزل عادات الناس وأعرافهم منزلة الألفاظ وقد يُستغنى عن الألفاظ بالعادات، مثل العادات الدالة على الإذن في الشيء أو المنع منه، أو تفيد إلزامه أو بيان نوعه أو قدره[3]، والأصل في اعتبار هذا النوع ما روي عن عروة ﷺ: ((أن النبي ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ بِهِ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ بِهِ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَشَاةٍ، فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ، وَكَانَ لَوِ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ))[4]

وجه الدلالة: في هذا الحديث إقرار للنبي ﷺ على ما جرى به العرف أنه يجوز للوكيل مخالفة الموكل إلى خير مما أمر به، وهو ما يسمى بالإذن العرفي[5].

قال ابن القيم (ت: 751هـ): (وقد جرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع منها: نقد البلد في المعاملات، وتقديم الطعام إلى الضيف، وجواز تناول اليسير مما يسقط من الناس من مأكول وغيره، والشرب من خوابي[6] السيل ومصانعه في الطرق، ودخول الحمام وإن لم يعقد عقد الإجارة مع الحمامي لفظا، وضرب الدابة المستأجرة

---

(1) ينظر: فتح الباري: 513/4، والعرف والعادة في رأي الفقهاء: 47-48.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: 126/2.

(3) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: 50.

(4) صحيح البخاري: 207/4 ، كتاب المناقب، باب بدون ترجمة، رقم الحديث: 3642.

(5) أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي: 279.

(6) خوابي: جمع الخابية: وهي الحُبّ: وعاء كبير من الطين يوضع فيه الماء أو الزيت ونحوهما. ينظر: معجم لغة الفقهاء: 191.

إذا حَرَنَتْ[1] في السير وإيداعها في الخان إذا قدم بلدة أو ذهب في حاجة، ودفع الوديعة إلى من جرت العادة بدفعها إليه من امرأة أو خادم أو ولد، وتوكيل الوكيل لما لا يباشره مثله بنفسه)[2].

المجال الرابع: معرفة المقادير وضبطها[3]:

يكون الرجوع إلى العرف في معرفة المقادير التي تبنى عليها الأحكام الشرعية، والتي لم يرد تحديدها في الشرع، ومن الأمثلة على ذلك: تحديد المدّة التي تُردّ فيها الردّ بالعيب، يكون الرجوع فيها إلى العرف لبيان طول المدّة التي تُعدّ تأخيراً لمنع الردّ، أو لا تُعدّ كذلك، والعرف هو المرجع لضبط الغبن والجهالة في البيع[4].

قال ابن تيمية (ت: 728هـ): (كل اسم ليس له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى العرف)[5].

المجال الخامس: العرف القولي:

المراد منه أنّ كل متكلم يحمل كلامه على عرفه سواء أكان في خطاب الشارع أم تصرفات الناس فجميع أقوال الناس في العقود تحمل على عرفهم في مخاطباتهم.

ومن الأمثلة على ذلك أنّ لفظ البيع لا ينعقد إلا بماضيين، ولا يجوز بصيغة المضارع إلا عند وجود القرينة، أو النية، لأن أغلب استعمال المضارع للاستقبال أما إذا تعارف

---

(1) حرن: هو لزوم الشيء للشيء لا يكاد يفارقه، وحرنت الدابّة: أي وقفت عن السير ولم تطع صاحبها، ينظر: معجم مقاييس اللغة: 47/2.

(2) ينظر: أعلام الموقعين: 297/2.

(3) فتح الباري: 513/4.

(4) ينظر: قاعدة العادة محكمة: 155- 156.

(5) مجموع الفتاوى: 40/24.

قوم على استعمال صيغة المضارع للحال فإنه يصحّ العقد بها حينئذٍ بلا نية ولا قرينة كأهل خوارزم مثلاً[1].

المطلب الثاني: العرف في المعاملات المالية

سبق وأن تحدّثنا عن المعاملات بأنها روابط إنسانية ومبادلات مالية بين الخلائق تتعلق بالأمور الدنيوية، ولقد أولت الشريعة الإسلامية اهتماماً كثيراً بالمعاملات، وهي كثيرة ومتنوعة، ولكل نوع من هذه الأنواع أحكامها الخاصة بها، وصارت أكثر تعقيداً في عصرنا الحاضر، وازدادت أنواعها، ولضبطها وضع الفقهاء قواعد فقهية، مما سهل علينا أمر الرجوع إليها عند ظهور المستجدات الفقهية أو المعاملات المعاصرة لبيان أحكامها.

وأنّ ما يجري بين الناس من هذه المعاملات تبنى أكثرها على العرف، فهو يشغل مساحة واسعة فيها، وأصبح أحد ضرورياتها، ولولا العرف والقواعد المتعلقة به لأدّى بعض هذه المعاملات إلى الفوضى والنزاع، ولصعُب على العلماء حلّ المشاجرات بين الناس، وفيما يأتي بيان القاعدة التي تبين أهمية العرف، وما يندرج تحتها من قواعد فقهية.

أولاً: بيان قاعدة: (العادة مُحَكَّمة)، وأثرها في المعاملات المالية.

هذه القاعدة من القواعد الفقهية الأساسية الخمسة الكبرى التي عليها مدار فروع الفقه الإسلامي[2]. فبموجب هذه القاعدة أنّ الأحكام الشرعية تثبت بالرجوع إلى العرف والعادة بالشروط التي ذكرها العلماء.

---

(1) العرف والعادة في رأي الفقهاء: 54.

(2) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: 89، والأشباه والنظائر لابن نجيم: 79.

معنى القاعدة:

عندما تكون العادة عامة أو خاصة تصبح حَكَمًا لإثبات حكم شرعي أو علاجاً للمخاصمة والاختلاف، فلو لم يرد نص يخالف العرف والعادة أصلا، أو ورد ولكن عاما، فإن العادة تكون معتبرةً لإثبات الحكم الشرعي، ومُرجحًا لإثبات الحقوق وفصل للمنازعات[1].

تبين من هذه القاعدة إثبات الاعتماد على العرف، واحترام دوره في إثبات الحقوق، وأنه يقضي به على ظواهر الألفاظ، فقد يترك المتعاقدان التصريح في العقود، اعتماداً منهما على العرف[2].

دليل هذه القاعدة: ما روي عن ابن مسعود ﷺ أنه قال: ((مَا رَآهُ المسلِمُونَ حَسَناً فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ))[3].

هذا الأثر يصحّ أن يُحتجَ به في إثبات هذه القاعدة ويكون في حكم المرفوع لأنّ هذا الحكم لا يصدر عن اجتهاد من الصحابي[4].

ومن الأمثلة الفقهية التطبيقية لهذه القاعدة في المعاملات المالية:

العرف يكون مرجعاً في معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية، كثمن المثل، والنفقة والكسوة والسكنى، ومنها الرجوع إليه في فعل غير منضبط يترتب إليه الأحكام، كإحياء الموات، والإذن في الضيافة، وما يعد قبضاً وإيداعاً وهدية وغصباً، ومنها الرجوع

---

(1) ينظر: شرح القواعد الفقهية: 219.

(2) ينظر: فتح الباري: 513/4، والمدخل الفقهي العام: 888.

(3) مسند أحمد: 84/6، مسند عبدالله بن مسعود ﷺ رقم الحديث: 3600، وقال ابن حجر: (لم أجده مرفوعاً، وقد أخرجه أحمد موقوفاً عن ابن مسعود بإسناد حسن)، الدراية: 187/2.

(4) ينظر: شرح القواعد الفقهية: 219.

إليه في أمر مخصص، كألفاظ الأيمان والوقف والوصية والتفويض ومقادير المكاييل والموزون[1].

ومن الأمثلة على إعمال العرف، من اشترى شيئا من المحل، فإن العرف يقضي بأن نقل البضاعة على المشتري من المحل إلى حيث يريده.

ومن وكل شخصاً ليشتري له سلعة، فاشتراها بغير نقد المتعارف عليه بين الناس، لم يجز.

وتندرج تحت هذه القاعدة من القواعد[2].

1. الاعتبار بالعادة المطّردة أو الغالبة.
2. العبرة للغالب الشائع لا النادر.
3. استعمال الناس حجة يجب العمل به.
4. الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.
5. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
6. المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.
7. التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.
8. الثابت بالعرف كالثابت بالنص.
9. لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.
10. الحقيقة تترك بدليل العادة.
11. الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت.

---

(1) ينظر: فتح الباري: 513/4.

(2) ينظر: مجلة الأحكام العدلية: 21، وموسوعة القواعد الفقهية: 67، والمدخل الفقهي- القواعد الكلية: 62، وقاعدة العادة محكمة: 190.

هذه القواعد تؤكد دور العرف وأثره في المعاملات، وإنه يجب اعتباره فيها والرجوع إليه عند النزاع فيها، لا أخوض في الحديث عن هذه القواعد بالتفصيل لأنه ليس من صميم موضوعنا ولأنّ بعض هذه القواعد تندرج تحت قواعد أخرى، لذا سأتناول قاعدتين منها بشيء من التوضيح.

1. قاعدة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)[1].

تعني أنّ العرف ينزل منزلة الشرط فإنّ العرف الذي يجري بين الناس في المعاملات معتبر شرعاً، فإذا جرى العقد بين شخصين فإنّ الأمور التي تعتبر من لوازم العقد حسب العرف كالمشروط صراحة في العقد فيجب العمل بها[2].

وقد جاءت هذه القاعدة بصيغ مختلفة وبعبارات أخرى، منها: (الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي)، وقاعدة: (المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ)، وقاعدة: (التعيين بالعرف كالتعيين بالشرط)[3].

وكذلك قاعدة: (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) تندرج تحت هذه القاعدة، لأنّ ما عُرف فيما بين التجار في معاملاتهم أخص فيما عُرف بين الناس لذا يُقدّم المعروف بين التجار على غيره[4].

تطبيقات القاعدة في المعاملات المالية:

---

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم: 84.

(2) ينظر: إيضاح الفوائد في شرح القواعد: 237، وقاعدة العادة محكمة: 195.

(3) ينظر: المدخل الفقهي- القواعد الكلية: 62، والقواعد والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية: 251.

(4) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية: 251، وقاعدة العادة محكمة: 195.

- من طلب من نجار أن يصنع له باباً خشبياً فإنّه حسب العرف السائد يكون جميع المتطلبات كالمسامير والصبغ على النجار إلا إذا اشترطا غير ذلك فالعبرة بما اشترطا في العقد لا بالمعروف عرفاً.
- مَن استعمل مال غيره المُعد للإجارة، فعليه أجرة المثل، لأنّه في العرف ما أعده الناس للإجارة لا يُستعمل إلا للإجارة[1].
- مَن اشترى جهاز كهربائي، أو آلة إليكترونية، أو سيارة فإنّ توابعها تدخل في المبيع دون ذكرها في العقد، لأنّ الناس قد تعارفوا على ذلك.

2. **قاعدة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان)**[2].

ويُقصد من هذه القاعدة أنه إذا تغير عرف الناس وعاداتهم فإنّ الحكم الشرعي الاجتهادي المبني على هذا العرف يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عرفهم وعاداتهم، هذا بخلاف الحكم الشرعي الذي لم يبنَ على العرف فإنّه يبقى ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الأعراف[3]. ومثلها قاعدة: (الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت)[4].

ولهذا فإنّ من شروط الاجتهاد والإفتاء عند الفقهاء والأصوليين أن يكون عارفاً بأحوال الناس وعاداتهم، قال ابن عابدين: (قالوا في شروط الاجتهاد أنّه لا بدّ فيه معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغيير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة

---

(1) ينظر: القواعد والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية: 251.

(2) ينظر: مجلة الأحكام العدلية: 20، وشرح القواعد الفقهية: 27.

(3) شرح القواعد الفقهية: 227، المدخل الفقهي- القواعد الكلية: 65.

(4) الفروق: 191/1.

والضرر بالناس، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر)[1].

تطبيق هذه القاعدة في المعاملات:

- كان عند المتقدمين من الحنفية أنّه من اشترى داراً فإنه يسقط خيار الرؤية عند رؤية غرفة واحدة لأن الغرف كانت متناسقة ومتشابهة تماماً، لكن في الوقت الحاضر فإنّ المتأخرين من الحنفية أفتوا بأن خيار الرؤية لا يسقط إلا برؤية جميع الغرف، لأنّها غير متناسقة ومختلفة، وهذا الاختلاف في الفتوى مرجعه العرف[2].
- لما ندرت العدالة وعزت في هذه الأزمان، قالوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل، والأقل فجورا فالأقل، لأنه عند فقدان العدول وندرتهم، يُقام غير العدول مقامه، ويُختار أصلحهم وأقلهم فجوراً، لئلا تضيع المصالح وتتعطل الحقوق والأحكام[3].
- جواز تحليف الشهود عند إلحاح الخصم، أو إذا رأى القاضي ذلك، أو شكّ في صدقهم، وذلك لفساد الزمان، وندرة العدالة[4].

ثانياً: دور العرف في المراد من المال:

سبق وأن اخترنا تعريف القره داغي للمال حيث قال: (هو كل ما له قيمة بين الناس، ومنفعة حسب

---

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين: 125/2.

(2) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام العدلية: 48/1.

(3) شرح القواعد الفقهية: 229.

(4) ينظر: مجلة الأحكام العدلية: 350، و شرح القواعد الفقهية: 229.

العرف)[1]، وهو الموافق لما ذهب إليه جمهور العلماء القائلين بمالية المنافع، والظاهر من التعريف أن ثبوت المنفعة يرجع إلى العرف، وعلى هذا كل شيء يستطيع الإنسان أن ينتفع به يجوز له أن يبيعه لأنه مال، قال النووي (ت: 678هـ): (وأما دود القز فيجوز بيعه في حياته بلا خلاف لأنه حيوان ينتفع به)[2]، وقال ابن قدامة (ت: 620هـ): (والديدان التي تترك في الشصّ[3]، فيصاد بها السمك، وجهان؛ أصحهما جواز بيعها، لحصول نفعها، فهي كالسمك والثاني، لا يجوز؛ لأنها لا ينتفع بها، إلا نادرا، فأشبهت ما لا نفع فيه)[4].

وقال ابن عابدين (ت: 1252هـ): (جواز البيع يدور مع الانتفاع)[5].

وبهذا يتبين أنّ الشيء إذا كان منتفعا به في عرف الناس يُعدّ من الأموال، فيجوز بيعه وهبته وإجارته، وما لا ينتفع به الناس لا يُعدّ من الأموال، فالحشرات والديدان والحيوانات الأخرى، وكذلك التراب والسموم، الضابط فيها الانتفاع بها في عرف الناس، فبعض هذه الأشياء كانت غير منتفع بها لذا أفتى الفقهاء القدامى بتحريم بيعها، أما في الوقت الحاضر فقد تغير الحال وأصبحت من الأموال لأنه منتفع بها، ومن ذلك ما ذكره البوطي: (ولم يكن في مألوف الناس وعرفهم السائد أنّ جهداً فكرياً ظهر من خلال كتابة مرموقة على صفحات يقوم بأي قيمة مالية، ما عدا قيمة الورق والحبر والجهد، الذي

---

(1) مقدمات في المال والملكية والعقد: 24.

(2) المجموع: 9/ 227.

(3) الشِّص، والشَّص: حديدة عقفاء يُصاد بها السمك، ويأتي بمعنى اللص الحاذق، والجمع: شصوص، ينظر: القاموس المحيط: 622.

(4) المغني: 6/362.

(5) رد المحتار: 5/51.

بذله الناسخ في الكتابة)[1]، وقال أيضا: (من شأنها أن تتحول إلى قيمة مالية ومنفعة متقومة)[2].

وبناءً على هذا فإنّ القيمة المالية للورق والحبر في الكتاب لا تساوي شيئاً مقابل القيمة العلمية والإبداعية للكتاب، وأنّ الحقوق المعنوية منافع يجوز للمؤلف بيعها أو الاحتفاظ بها ولا يجوز لأحد الاعتداء على تلك الحقوق، والظاهر أنّ هذه الحقوق قد ظهرت في عصرنا الحاضر، أما من قبل لم تكن موجودة، فتبين أنّ العرف له أثر في بيان مالية الشيء وتحديد منافعه.

أ. العرف ومالية المنافع:

المنفعة لغة: اسم للنفع وهو ضد الضرّ، يقال: نفعه بكذا فانتفع[3].

والمنفعة اصطلاحاً: (هي الفائدة التي تحصل باستعمال العين)[4].

أي أنّ المنفعة لا تطلق إلا على الأعيان التي يمكن الاستفادة منها عن طريق الاستعمال، مثل سكنى الدار، وركوب السيارة، ولبس الثوب[5].

أما عن مالية المنافع فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

---

(1) قضايا فقهية معاصرة: 84/1.

(2) المصدر نفسه.

(3) مختار الصحاح: 673.

(4) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: 115/1.

(5) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 447.

المذهب الأول: وهو أنّ المنافع المباحة من الأموال وإليه ذهب جمهور العلماء من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3].

واستدلّوا على مالية المنافع بما يأتي:

1.القرآن الكريم:

قول الله ﷻ: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِن شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ [القصص: 27].

وجه الدلالة: أنه جعل الزواج بها مقابل منفعة معينة، فجاز عقد النكاح بها كالأعيان، ولأن المنافع في معنى المال[4].

2.السنة النبوية :

عن أبي سهل بن سعد قال: أتت النبي ﷺ امرأة، فقالت: إنها قد وهبت نفسها لله ولرسوله ﷺ، فقال: ((مَا لِي فِي النِّسَاءِ مِنْ حَاجَةٍ))، فقال رجل: زوجنيها، قال: ((أَعْطِهَا ثَوْبًا))، قال: لا أجد، قال: ((أَعْطِهَا وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ))، فاعتل له، فقال: ((مَا مَعَكَ مِنَ القُرآنِ؟)) قال: كذا وكذا، قال: ((فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرآنِ))[5].

---

(1) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي: 72/2.

(2) ينظر: المنثور في القواعد الفقهية: 222/3.

(3) ينظر: المبدع في شرح المقنع: 9/4.

(4) المعونة على مذهب عالم المدينة: 751/1.

(5) صحيح البخاري: 192/6 ، كتاب فضائل القرآن، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه، رقم الحديث: 5029.

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ جعل تعليمها القرآن عوضا عن المهر في النكاح، لأنها منفعة معلومة من غير معرفة فجاز أن يكون مهراً، ودلّ على أنّه مال، ولو لم يكن التعليم مالاً لم يصح جعله صداقا وعوضا في النكاح[1].

3. العرف: جرت عادات الناس وأعرافهم على اعتبار المنافع من الأموال، حيث تبذل الأموال للحصول على المنافع، وأن العقود كما تُجرى على الأعيان، تُجرى على المنافع أيضا، مثل عقود الإجارة والإعارة وغيرها[2].

المذهب الثاني: عدم اعتبار المنافع من الأموال، وهو مذهب الحنفية[3].

فقد استدلوا بالمعقول وقالوا: بأن المنافع أعراض بمال متقوم وأنه لا يمكن ادّخاره لوقت الحاجة فلا تضمن بالإتلاف كالخمر والميتة[4].

وأجيب: بأنّ المنافع يجوز المعاوضة عنها وبها، وتقع عليها البيوع والإجارة وغيرها من المعاملات، فدلّ على أنها من الأموال[5].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه جمهور العلماء في اعتبار المنافع من الأموال، وذلك لقوة ما استدلوا به، ولجريان العرف في اعتبار المنافع من الأموال، وكذلك لتعارف الناس على المعاوضة بها وجريان العقود عليها.

---

(1) ينظر: الإشراف: 718/2، والمعاملات المالية المعاصرة أصالة ومعاصرة: 144/1.

(2) مقدمات في المال والملكية والعقد: 30.

(3) رد المحتار: 501/4.

(4) المبسوط: 79/11.

(5) دقائق أولي النهى لشرح منتهى الإرادات: 6/3.

ب. دور العرف في مالية المنافع:

تبين من أدلة الجمهور أنّ المنافع أموالٌ، ومن الأدلة التي استدلوا بها هو العرف، فالقيمة المالية للأشياء عندهم تدور مع المنافع، قال ابن تيمية: (إنّ ما هو محظور في الأصل لا يباح منه إلا ما فيه منفعة)[1].

الظاهر من قول ابن تيمية أنّ المحظور إذا وجد فيه منفعة يزيل عنه صفة الحظر ويتحول إلى المباح، والذي يقرر وجود المنفعة من عدمه هو عرف الناس وعاداتهم.

وقال البوطي: (إقبال الناس على الشيء والاستفادة منه أو إعراضهم عنه هو الذي يلعب الدور في إعطاء ذلك الشيء أو عدم إعطائه القيمة)[2].

ثالثاً: دور العرف في المراد بالنقود:

قبل الحديث عن دور العرف وأثره في تحديد ماهية النقود، لابدّ من تعريف النقد لغة واصطلاحاً:

1.النقد لغة: يُطلق النقد في اللغة العربية على عدة معانٍ[3]:

- منها أنه خلاف النسيئة.

- ومنها الإعطاء والقبض، نقول: نقده الدراهم أي: أعطاه، فانتقدها أي قبضها.

- ومنها: التمييز، أي: إخراج الزيف منها، والجمع نقود.

---

(1) الفتاوى الكبرى: 252/6.

(2) قضايا فقهية معاصرة: 84/1.

(3) ينظر: مختار الصحاح: 675، القاموس المحيط: 320.

2. **النقد في اصطلاح الفقهاء**: (هو عبارة عن الذَهَب والفضّة والجمعُ نقود، وأيضاً خلافُ النسيئة)[1]، فالنقد إذاً يُطلق على الذهب والفضة، أو ما يُسمى بالدينار أو الدرهم، فلا يُسمى نقداً غيرهما كالفلوس[2].

عرّف أبو بكر المصنف (المتوفى 1014هـ) النقد فقال: (النقد في عرف التجار يُطلق على ما يُقابل الأقمشة وعروض التجارة وعلى ما يدور عليه السوق ويُقدّر به الأثمان)[3]، فيُقصد أنّ ما يدور عليه السوق ويُقدّر به الأثمان هو الذهب والفضة المضروبان فلا يدخل في النقد غير المضروبين ومنهم من جعل الذهب المغشوش نقداً[4].

استناداً لما تقدَّم فإن لفظ النقد عندهم لا يُطلق على سوى الذهب والفضة، لكن في العصر الحاضر فقد تغير الحال، حيث يطلق النقد على غير الذهب والفضة من النقود المعدنية والورقية أو يستحدث من النقود الإلكترونية، لذا جاء تعريف النقد عند المعاصرين بأنه: (الدراهم والدنانير، ونحوها مما جرت العادة أن تقوم مقامهما مما اصطلح الناس عليه نقداً)[5]. فكل ما جرت العادة في إقامته مقام الذهب والفضة من السكوك المعدنية أو الأوراق النقدية أو العملات الرقمية يسمى نقداً.

وإنّ حصر النقود في الذهب والفضة كان مبنياً على العرف السائد في تلك العهود، وقد تغير ذلك العرف في هذا العصر وحلّ محله عرف حصر النقود في الأوراق النقدية التي تصدرها الدول، وصار الذهب والفضة من أعراض التجارة[6]، فالعرف يلعب وظيفة هامة في تحديد ماهية النقد فكل ما أصدرته الدول بصفة رسمية من الأوراق أو المعادن

---

(1) التعريفات الفقهية: 231.

(2) ينظر: المبسوط: 137/12، وروضة الطالبين، 117/5.

(3) الوضوح: 502/4.

(4) المصدر نفسه.

(5) معجم لغة الفقهاء: 486.

(6) ينظر: دراسات في العقيدة والتفسير والفقه المقارن: 239.

أو ما تعارف الناس عليه يعتبر من النقود، فلفظ النقد في العصر الحاضر أشمل مما كان موجوداً في السابق.

3. دورالعرف في النقود:

يتضح مهمة العرف في النقود فيما يأتي:

- من حيث ماهية النقد، فإنّ كل ما قام مقام الذهب والفضة يسمى نقداً، فلا ينحصر لفظه في الذهب والفضة فقط، بل يتعدى إلى غيرهما من العوض مما كان صادراً من جهة رسمية أو تداوله الناس وتعارفوا عليه فيما بينهم واعتبروه من الأثمانِ أو قيم الأشياء.

قال الجصاص (ت: 370هـ): (كون الذهب والفضة أثماناً، ليس من علل المصالح، لأن كونهما أثماناً إنما كان باصطلاح الناس عليه)[1].

وقال ابن تيمية: (وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حد طبعي ولا شرعي بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح، وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به، بل الغرض أن يكون معيارا لما يتعاملون به، والدراهم والدنانير لا تقصد لنفسها، بل هي وسيلة إلى التعامل بها ولهذا كانت أثمانا، بخلاف سائر الأموال، فإن المقصود الانتفاع بها نفسها، فلهذا كانت مقدرة بالأمور الطبيعة أو الشرعية، والوسيلة المحضة التي لا يتعلق بها غرض لا بمادتها ولا بصورتها يحصل بها المقصود كيفما كانت)[2].

فالمرجع في بيان النقد، واتخاذه رأس مال في البيوع والسلم والإيجارات ونحوها هو عرف الناس وعاداتهم، بل نقدية الذهب والفضة كانت لاصطلاح الناس على ذلك[3].

---

(1) الفصول في الأصول: 141/4.

(2) مجموع الفتاوى: 251/19.

(3) ينظر: تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة: 95- 97.

وعلى هذا الأساس يتعامل مع النقد في المعاملات المالية، فلو باع تاجر في العراق سلعة بمئة ألف دينار، ولم يحدد نوع الدينار، فإنّه يلزم المشتري بمئة ألف دينار عراقي وذلك لأنه هو المتعارف والمعمول به في العراق[1].

بناءً على هذا فمَنْ باع سلعة ولم يحدد نوع النقد الذي باع به السلعة، فإنّه يلزم على المشتري غالب نقد البلد مما تعارف عليه الناس في البيع والشراء، قال محمد بن سليمان الكُردي (المتوفى 1194هـ): (لو غلب نقد مغشوش جاز التعامل به عيناً وذمة، وإن جهل قدر خالصه، وفيه أيضاً أو غلب التعامل بعرضٍ كحنطةٍ و فلوسٍ انصرف الإطلاق عليه كالنقد)[2].

وعلى هذا من اشترى سلعة في العراق ولم يحدد النقد، أو ذكر الدينار فقط ولم يحدد الدينار العراقي أو غيره، فإنه يلزم المشتري الدينار العراقي، لأنه هو المعروف والمتداول والمتعامل به في العراق.

---

(1) ينظر: المدخل الفقهي- القواعد الكلية: 62.

(2) فتاوى الكردي: 308.

الفصل الثاني

المعاملات المالية العوضية

المبحث الأول: عقــد البيــع

المطلب الأول: مفهوم عقد البيع ومشروعيته

يعتبر عقد البيع من أقدم العقود التي عرفتها البشرية، ويُعدّ الأكثر أهمية وانتشاراً من العقود الأخرى بدءاً بالمقايضة[1]، ومروراً بسك السكوك ووصولاً إلى العقود الإلكترونية، وكان عقد البيع معروفاً قبل مجيء الإسلام، وعندما جاءت الشريعة الإسلامية رسمت ملامحه، وبينت أركانه وشروطه، وأثبتت ما يحقق فيه المصلحة والمنفعة للطرفين، وألغت ما فيه من الغبن والمفسدة للطرفين، لذا جاء عقد البيع أصلاً لغيره من المعاملات المالية عند الفقهاء، ولأهميته يُقدّم على غيره من المعاملات.

أولاً: تعريف العقد:

1.العقد لغة: عقدَ الحبلَ والبيعَ والعهدَ يعقِدُهُ: شدّهُ، والعقْدُ: الضمانُ والعهدُ والجَمَلُ الموثَّقُ الظهرِ، وعقَدْتُ الْحبل عَقْدًا من باب ضرب فَانْعَقَدَ، وَالْعُقْدَةُ ما يُمْسكُهُ وَيُوَثِّقُهُ ومنهُ قِيل عَقَدْتُ الْبَيْعَ وغيره، وَعُقْدَةُ النِّكَاحِ وغيْره إحكامهُ وَإِبرامهُ، والجمع: عقود[2]، ومنه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

2.العقد اصطلاحاً: هو (ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً)[3] أي أنّ بمجرد إيجاب صادر من أحد طرفي العقد، ويقابله قبول الطرف الآخر بما يوافق الشريعة الإسلامية يسمى عقداً، فخرج بقيد الشرعية، العقود غير الشرعية كالربا.

---

(1) المقايضة: لغة: قايض، مقايضة: إذا بادله وعارضه بمتاع، واصطلاحاً: هي بيع العين بالعين، أي إذا أعطاه سلعة وأخذ عوضها سلعةً أخرى، مثل بيع الثوب بالتمر، ينظر: (لسان العرب: 235/12، وأنيس الفقهاء: 81، ومعجم لغة الفقهاء: 452).

(2) معجم مقاييس اللغة: 86/4، المصباح المنير: 421/2، القاموس المحيط: 298.

(3) التعريفات: 248، القاموس الفقهي: 255.

ثانياً: تعريف البيع:

البيع لغة: البيع ضد الشراء، والبيع هو الشراء أيضاً، وهو من الأضداد، وبعتُ الشيءَ شريته، أبيعه بيعاً ومبيعاً، البياعة: السلعة، والبيعان: البائع والمشتري، والبيعة: الصفقة على إيجاب البيع وعلى المبايعة والطاعة، والجمع بيوع[1].

البيع اصطلاحاً: تعددت تعريفات البيع عند الفقهاء، وفيما يأتي بيانه:

عرّفه الحنفية بأنّه (مبادلة المال بالمال بالتراضي)[2].

وعرّفه المالكية بأنّه (عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذةٍ)[3].

وعرّفه الشافعية بأنّه (عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين، أو منفعة على التأبيد)[4].

وعرّفه الحنابلة بأنّه (تمليك عين مالية أو منفعة مباحة على التأبيد بعوض مالي غير ربا ولا قرض)[5].

بعد سرد تعريفات الفقهاء للبيع فإنها بالجملة قريبة من المعنى اللغوي وهو مقابلة المال بالمال، ويلاحظ أن المالكية كما هو مبين في تعريفهم للمال أنهم لا يرون بيع المنافع، فلا يكون البيع عندهم إلا على الماديات وكذلك الحنفية فإن المنفعة عندهم لا تعدّ من الأموال، فعندما يقولون مبادلة المال بالمال، أي مبادلة العين بالعين، لذا الراجح هو ما ذهب إليه الشافعية، لأنه الأقرب للمقصود، ويؤيده تعريف الحنابلة، وهو قريب منه مع اختلاف طفيف في اللفظ دون المعنى.

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 327/1، لسان العرب: 193/2.

(2) البحر الرائق: 277/5.

(3) المختصر الفقهي: 79/5.

(4) مغني المحتاج: 322/2.

(5) المبدع، 1997: 4/4.

شرح تعريف الشافعية:

خرج بقيد (المعاوضة) عقود التبرع كالهبة والقرض، وبقيد (المالية) خرج النكاح والخلع، وبقيد (ملك العين) و(التأبيد) خرجت الإجارة[1].

والذي يدعو إلى اختيار رأي الشافعية والحنابلة فإنّه بمقتضى العرف والعادة أنّ لفظ البيع لابدّ أن يشمل الأعيان والمنافع معاً، لأنّ الحقوق المعنوية أصبحت أموالاً تباع وتُشترى كالعلامة التجارية وبراءة الاختراع وغيرها من المعاملات الموجودة في هذا العصر أو قد تُستحدث في المستقبل.

ثالثاً: مشروعية البيع:

ثبتت مشروعية البيع بالكتاب والسنة والإجماع:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى جعل المال سبباً لإقامة المصالح بين العباد في الدنيا، وبين أنّ طريق اكتسابه يكون بالبيع والتجارة[2].

---

(1) حاشية الجمل على منهج الطلاب: 4/3.

(2) المبسوط: 108/12.

2. السنة النبوية: استدلوا بما يأتي:

- عن رافع بن خُديج (ﷺ) أنه قال: قيل يا رسول الله ﷺ أي الكسب أطيب: قال: ((عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ))[1].

- وبقوله ﷺ: ((الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا))[2].

وجه الدلالة: فيهما دلالة على جواز البيع، وأنّ رسول الله ﷺ باع واشترى، وأذن في البيع، وأقرّه[3].

2. الإجماع: أجمع الفقهاء على جواز البيع[4].

رابعاً: أنواع البيوع:

ينقسم البيوع إلى أربعة أقسام[5].

1. البيع المطلق: وهو بيع العين بالثمن نقداً كان أو ديناً، وهو أشهر أنواع البيوع، وذلك كبيع سيارة بنقود.
2. بيع المقايضة: وهو بيع العين بالعين، والسلعة بالسلعة، وذلك كبيع الثوب بالسكر.

---

(1) مسند أحمد: 502/28، مسند الشاميين، رقم الحديث: 17265، رجاله ثقات، ينظر: مجمع الزوائد: 61/4، والتلخيص الحبير: 5/3.

(2) متفق عليه: صحيح البخاري: 58/3، كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، رقم الحديث: 2079، وصحيح مسلم: 1164/3، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، رقم الحديث: 1532.

(3) حاشية الجمل: 4/3.

(4) البيان: 9/5، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 400/1.

(5) ينظر: بداية المجتهد: 536، والقواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع: 48.

3. بيع السلم: وهو بيع الدين بالعين، وهو بيع آجلٍ بعاجل.
4. بيع الصرف: وهو بيع الثمن بالثمن، أي النقد بالنقد، وذلك كبيع الدينار بالدولار.

خامساً: أركان البيع:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ أركان البيع ثلاثة وهي:

1. الصيغة: وهي الإيجاب والقبول.
2. والعاقد: المتبايعان، أي: البائع والمشتري.
3. المعقود عليه: هو المبيع والثمن[1].

وذهب الحنفية إلى أن للبيع ركناً واحداً وهو الصيغة أي: الإيجاب والقبول[2].

أما المسائل المبنية على العرف في عقد البيع فهي المعاطاة وقبض المبيع، وسوف يكون الحديث عن كل واحد منهما بمطلب مستقل.

---

(1) ينظر: التوضيح: 191/5، والمجموع:149/9، وكشاف القناع:146/3.

(2) رد المحتار: 504/4.

المطلب الثاني: المعاطاة

أولاً: تعريف المعاطاة:

المعاطاة لغة: أعطاه الشيء وعطوتُه: تناوله باليد، والاسم: العطاء، العطية: الشيء المعطى، وتعاطى الشيءَ: تناوله، وتعاطَوا الشيءَ: تناوله بعضهم من بعض وتنازعوه، والمعاطاة: المناولة[1].

وبيع المعاطاة اصطلاحاً: هو (أن يتناول المشتري الثمن للبائع، فيناوله البائع السلعة دون النطق بالإيجاب والقبول)[2].

فالمعاطاة في البيع هي أن يعطي المشتري الثمنَ للبائع، ويعطيه البائع السلعة، من غير لفظ الإيجاب والقبول، وبدون أي لفظ أو إشارة صادرة من الجانبين.

ثانياً: احتجاج الفقهاء بالعرف في بيع المعاطاة:

قال الهروي (ت 1014): (ينعقد بكل ما يعدّه النّاس بيعاً، لأنّ المقصود المبادلةُ بالرّضا، فمتى حصلت ثبت حكم البيع، ولأنّ الشّارع لم يَثْبُتْ عنه اشتراطُ اللفظ، فوجب الرّجوع إلى العُرْفِ المعروف الذي هو التّعاطي مطلقاً)[3].

وقال الرعيني (ت 954): (وإن كان ذلك الفعل معاطاة ولما كان الفعل مختلفا في انعقاد البيع به نبه على ذلك المصنف بقوله، وإن بمعاطاة يعني أن الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل؛ لأنه يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرفية)[4].

وقال النووي (ت 676) في جواز بيع المعطاة: (هو المختار لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف فكلما عده الناس بيعا كان بيعا كما في

---

(1) مختار الصحاح: 440، لسان العرب: 198/10.

(2) معجم لغة الفقهاء: 437.

(3) فتح باب العناية بشرح النقاية: 297/2.

(4) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: 4/ 229.

القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك من الألفاظ المطلقة فإنها كلها تحمل على العرف)[1].

وقال ابن قدامة (ت 620) في جواز بيع المعاطاة: (أن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك)[2].

تبين مما تقدّم أنّ الفقهاء استدلّوا بالعرف في جواز البيع بالمعاطاة في كل ما يُعدّ في العرف بيعاً، فإنّه لا يحتاج إلى ذكر الإيجاب والقبول.

ثالثاً: مذاهب الفقهاء في بيع المعاطاة:

اختلف الفقهاء في البيع بالمعاطاة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يصح البيع بالمعاطاة مطلقاً في القليل والكثير وفي كل ما يُعدّ في العرف بيعاً، وهو قول جمهور العلماء من الحنفية[3]، والمالكية[4]، والحنابلة[5]، واختاره المتولي (ت: 478هـ)، والبغوي (ت: 510هـ)، والنووي (ت: 678هـ) من الشافعية[6].

واستدلوا بما يأتي:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275].

---

(1) المجموع: 163/9.

(2) المغني: 481/3.

(3) البحر الرائق: 291/5.

(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 3/3.

(5) كشاف القناع: 148/3.

(6) روضة الطالبين: 339/3، كفاية الأخيار: 327.

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أحلّ البيع ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، والعرف يقضي بجواز بيع المعاطاة[1].

وأجيب: بأنّ القول بالمعاطاة مطلقاً يدلّ على نقل الملك من غير لفظ يدل عليه، وقد أحلّ الله البيع، والبيع اسم للإيجاب والقبول، فلا ينطبق اسم البيع مجرد الاستلام والتسليم[2].

ورُدَّ بأن البيع وكيفيته لابدّ فيه من الرجوع إلى العرف وتحكيمه، كما في مسألة قبض المبيع والتفريق، فكذلك في المعاطاة، فإن الاعتبار هو العرف[3].

2. السنة النبوية التقريرية: لم ينقل عن النبي ﷺ ولا أحد من أصحابه استعمال إيجاب وقبول في بيعهم، ولو استُعمِل لنقل إلينا[4].

3.العرف: فلم يزل المسلمون في معاملاتهم في الأسواق يتعاملون ببيع المعاطاة في كل عصر، وكان ذلك بمثابة الإجماع[5].

وأجيب بأن بيع المعاطاة كان معتاداً في زمن الصحابة رضوان الله عليهم في المحقرات فقط دون غيرها[6].

ويمكن أن يجاب بأن استعمال الصحابة وغيرهم المعاطاة في المحقرات دون غيرها يحتاج إلى دليل، ولا دليل هنا يبين ذلك، فيبقى الحال على إطلاقه فيما جرت به العادة.

---

(1) المغني: 8/6.

(2) إحياء علوم الدين: 87/2.

(3) الشرح الكبير على متن المقنع: 4/4.

(4) كشاف القناع: 148/3.

(5) المغني: 8/6.

(6) إحياء علوم الدين: 87/2.

4. المعقول: لو قلنا باشتراط الإيجاب والقبول في البيوع لشقّ ذلك على الناس، ولكانت أكثر العقود فاسدة، فوجب القول بجواز بيع المعاطاة لعموم البلوى[1].

5. القياس على الهبة والصدقة والهدية، فكما تجوز المعاطاة فيها تجوز في البيع أيضا، ودليل جواز المعاطاة فيها ما روي عن أبي هريرة ﷺ أنه قال: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا أُتِيَ بِطَعَامٍ سَأَلَ عَنْهُ: ((أَهَدِيَّةٌ أَمْ صَدَقَةٌ؟))، فَإِنْ قِيلَ صَدَقَةٌ، قَالَ لِأَصْحَابِهِ: ((كُلُوا))، وَلَمْ يَأْكُلْ، وَإِنْ قِيلَ هَدِيَّةٌ، ضَرَبَ بِيَدِهِ ﷺ، فَأَكَلَ مَعَهُمْ[2].

وجه الدلالة: أنه لم ينقل إلينا قبول ولا إيجاب بين رسول الله ﷺ وبين مَن أهدى إليه شيئاً، وإنما كان رسول الله ﷺ يسأل هل هو من الصدقة أو من الهدية[3].

المذهب الثاني: لا يصحّ البيع بالمعاطاة مطلقاً سواء في المحقرات أم غيرها، وهو الصحيح من مذهب الشافعية[4]، وهو ما ذهب إليه الظاهرية[5].

واستدلوا بما يأتي:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29].

---

(1) المغني: 9/6.

(2) صحيح البخاري: 155/3، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب قبول الهبة، رقم الحديث: 2576.

(3) المغني: 9/6.

(4) المهذب: 9/3، المجموع: 162/9.

(5) المحلى: 232/7.

وجه الدلالة: أنّ الحرام هو ما حرّمه الله سبحانه وتعالى، والحلال هو ما أحلّه الله سبحانه وتعالى، فمن أخذ مالاً بغير ما أحلّ الله كان باطلاً، والأخذ بالمعاطاة هو مما لم يحله الله سبحانه وتعالى[1].

2. السنة النبوية: عن أبي سعيد الخدري ﷺ أنه قال: قال رسول الله ﷺ: ((إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ))[2].

وجه الدلالة: الرضا أمر خفي، فلا يمكن الاطلاع عليه، فلابدّ أن يتعلق الحكم بسبب ظاهرٍ يدل عليه، والسبب الذي يدل عليه هو الصيغة، فلا تكفي المعاطاة[3].

وأجيب: (بأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي، فإذا وجد ما يدل عليه، من المساومة والتعاطي، قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه)[4].

3. المعقول: حيث إن اسم البيع لا يقع على البيع بالمعاطاة، فيبطل البيع به[5].

وأجيب: بأنه يجب الرجوع إلى العرف في هذه المسألة، والعرف قد جعل المعاطاة بيعا، فوجب القول به والرجوع إليه[6].

4. القياس: أنّ الإيجاب والقبول واجب في البيع، لأنّه عقد معاوضة فلم يجز البيع بالمعاطاة قياساً على النكاح[7].

---

(1) المصدر نفسه: 232/7.

(2) سنن ابن ماجه: 305/3، أبواب التجارات، باب بيع الخيار، رقم الحديث: 2185، صحيح ابن حبان: 341/11، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه، رقم الحديث: 4967، وقال البوصيري: هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه: 17/3.

(3) بداية المحتاج: 7:/2.

(4) المغني: 9/6.

(5) المهذب: 10/3

(6) المجموع: 163/9.

(7) البيان: 15/5.

ويجاب بأنّ البيع يختلف عن النكاح، فلا يجوز القياس عليه، لأنّ في النكاح يجب فيه أمور أخرى كالشاهدين وحضور الولي، فتبين التفرقة بينهما، والقياس مع الفارق غير سائغ، وكذلك لم يجرِ العرف في العمل بالمعاطاة في النكاح كما جرى العمل به في البيع.

المذهب الثالث: يصح البيع بالمعاطاة في المحقرات وفي اليسير، وهو قول الكرخي (ت: 340هـ) من الحنفية[1]، وابن سريج (ت: 306هـ)، والغزالي (ت: 505هـ) من الشافعية[2]، والقاضي أبي يعلى (ت: 458هـ) من الحنابلة[3].

والنفيس عندهم هو ما كثر ثمنه كالدواب، أو هو نصاب السرقة فما فوق، والخسيس ما قلّ ثمنه كالخبز، أو هو ما دون نصاب السرقة[4].

واستدلوا بما يأتي:

1. المعقول: إنّ البيع بالمعاطاة في المحقرات كان معروفا ومعتاداً في زمن الصحابة، فما كانوا يتكلفون بالإيجاب والقبول عند البقال والخباز والقصاب، ولو فعلوا ذلك لثقل عليهم، ولنقل إلينا نقلا منتشرا[5].

2. الحاجة وعموم البلوى: حيث تدعو الحاجة والضرورة إلى جواز البيع بالمعاطاة في المحقرات، لعموم البلوى، ودفعاً للمشقة على الناس[6].

---

(1) رد المحتار: 513/4.

(2) إحياء علوم الدين: 87/2، المجموع: 162/9.

(3) المغني: 7/6.

(4) رد المحتار: 504/4.

(5) إحياء علوم الدين: 87/2.

(6) إحياء علوم الدين: 87/2.

وأجيب: بأنّه توجد الحاجة والضرورة وعموم البلوى في غير المحقرات أيضا، وقد جرت عادات الناس في إرسال الأطفال إلى الأسواق لشراء الحوائج الخسيسة والنفيسة، وهذه العادة مطردة في جميع البلاد[1].

الترجيح:

تبين من خلال عرض الأدلة ومناقشتها رجحان مذهب الجمهور القائل بجواز بيع المعاطاة مطلقاً، لقوة أدلتهم، ولأن السلطان فيه هو العرف والعادة، ولأنّ الأصل في البيع هو التراضي، كما ورد في قوله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنكُمْ﴾ [النساء: 29]، وبيع المعاطاة لا ينافي التراضي، بل هو عرف عملي يدلّ عليه، والله أعلم.

---

(1) كفاية الأخيار: 327.

المطلب الثالث: تصرفا ت الصبـــي في البيـع والشراء

أولاً: مفهوم الصبي:

1. الصبي لغة: صَبَى يدل على صغر السنّ، وصباه: صغره، والصبي: الغلام والصغير، والجمع: الصِبية، والصِبيان، والصبية للأنثى، والجمع صَبايا[1].

2. الصبي اصطلاحاً: هو مَنْ لم يبلغ[2].

والصبي غير المميز: هو الصبي دون البلوغ، ولا يفرق بين الربح والخسارة، والضار والنافع[3].

والصبي المميز: الصبي دون البلوغ، وهو الذي يفرق بين الضار والنافع[4].

أي أنّ الصبي في سنّ التمييز يستطيع أن يعرف الضار من النافع، والمصلحة من المفسدة، ويعرف في البيع الربح والخسارة، وهو يقدر على تمييز الغبن الفاحش في المبيع[5]، ولم يُقدر جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية ومن صحيح مذهب الحنابلة سنّ التمييز بسنة معينة، ولا ينضبط التمييز عندهم بالسنّ بل بالوصف، ولكن الغالب أنّ الطفل المميز هو من بلغ سبع سنين أو ثمان سنين[6]، وذهب الحنفية والحنابلة في قول إلى أنّ سنّ التمييز يُقدّر بسبع سنين[7].

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 332/3، ومختار الصحاح: 355.

(2) البحر الرائق: 345/4، المبدع: 182/5.

(3) معجم لغة الفقهاء: 274.

(4) المصدر نفسه: 274.

(5) معجم مصطلحات المالية والاقتصادية: 274.

(6) ينظر: شرح التلقين: 11/3، وكفاية الأخيار: 586، والإنصاف: 396/1، وكشاف القناع: 225/1.

(7) ينظر: درر الحكام: 411/1، و مجمع الأنهر: 482/1، والإنصاف: 396/1، وكشاف القناع: 225/1.

ثانياً: احتجاج الفقهاء بالعرف في تصرف الصبي بالبيع والشراء:

قال العلياوي: (ولو كان شراؤه- أي الصبي- غير صحيح بناءً على عدم وجود شرط العاقد وهو التكليف عند المذهب، لفسد بيعه فيحرم أكله واستعماله مع أنّه صحيح، فبان أنّ عمل الناس قد عارض المذهب، ولم يستمر المذهب على رجحانيته)[1].

وقال الدبيان: (عمل الناس إلى اليوم، ما زالوا يرسلون صغارهم ليشتروا حاجات البيت، من المخبز والبقالة من غير نكير)[2].

تبين أنّ مذهب الشافعي الذي ينتمي إليه الشيخ العلياوي لا يجيز تصرفات الصبي في البيع والشراء، لأنّه غير مكلف، لكن عمل الناس مخالف للمذهب، فاختار الشيخ صحة تصرف الصبي بالبيع والشراء عملاً بالعرف، وكذلك الشيخ الدبيان فإنّه استدلّ بالعرف في جواز تصرف الصبي بالبيع والشراء.

ثالثاً: حكم تصرف الصبي بالبيع والشراء في الفقه الإسلامي:

1. حكم تصرف الصبي غير المميز:

اختلف الفقهاء في تصرفات الصبي غير المميز إلى مذهبين، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة في قول[6]، إلى أن تصرفات الصبي

---

(1) فتاوى العلياوي: 540.

(2) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: 529/1.

(3) تبيين الحقائق: 219/5، البناية: 173/11، رد المحتار: 504/4.

(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 5/3، الفواكه الدواني: 73/2.

(5) البيان: 11/5، والمجموع: 155/9.

(6) الإنصاف: 268/4.

غير المميز في البيع والشراء لا تصح، وتعتبر باطلة، وذهب الحنابلة في صحيح مذهبهم إلى أنّه يصح تصرف الصبي غير المميز في الشيء اليسير[1].

والراجح عدم صحة تصرف الصبي غير المميز إلا في الشيء اليسير، كما ذهب إليه الحنابلة، لما يجري في العرف بأن الصبي يذهب إلى الدكّان والمتجر يشتري الأشياء اليسيرة، لأنّ القول ببطلان تصرفات الصبي غير المميز مطلقاً، لضاق على الناس، لا سيما الطلاب منهم فإنّهم في بداية عمرهم في الروضة أو المدرسة قد يحتاجون إلى شراء بعض الأشياء الضرورية في حانوت المدرسة، فتصرفات الصبي غير المميز في الأشياء اليسيرة جائزة بحكم العادة والعرف، والله أعلم.

2. **حكم تصرف الصبي المميز:**

اختلف الفقهاء في تصرفات الصبي المميز إلى مذهبين:

المذهب الأول: يصح بيع الصبي المميز وشراؤه فيما أذن له وليه، وهو مذهب الحنفية[2]، والمالكية[3]، والصحيح من مذهب أحمد[4].

واستدلوا بما يأتي:

1. قول الله ﷻ: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 6].

وجه الدلالة: أي اختبروا الصبيان لتعلموا رشدهم، وإنما الاختبار بتفويض التصرف إليهم من البيع والشراء، لينظر الولي إليه، هل يقدر على حفظ أمواله عند

---

(1) المغني: 347/6، الإنصاف: 268/4.

(2) بدائع الصنائع: 193/7، تبيين الحقائق: 219/5، رد المحتار: 504/4.

(3) مواهب الجليل: 241/4، الفواكه الدواني: 73/2.

(4) المبدع: 8/4، الإنصاف: 267/4.

النوائب، ومعلوم أن ذلك لا يظهر إلا بالتجارة، فكان الأمر بالابتلاء إذنا بالتجارة، فلذلك صح تصرفه بإذن وليه[1].

2. المعقول: حيث إنّ الصبي إنْ كان يعقل التجارة ويستطيع أن يميز النافع من الضار، فإنّه عندئذٍ يختار المنفعة على المضرة، فكان أهلا للتجارة كالبالغ[2].

المذهب الثاني: لا يصح بيع الصبي المميز وشراؤه مطلقاً، وهو مذهب الشافعية[3]، ورواية عن أحمد[4].

واستدلوا بما يأتي:

1. السنة النبوية: عن علي ﷺ، أنّ رسول الله ﷺ قال: ((رُفِعَ القلم عن ثلاثةٍ: عن النَّائم حتى يستيقظَ، وعن الصَّبِيِّ حتى يَحتَلِمَ، وعن المجنونِ حتى يَعقِلَ))[5].

وجه الدلالة: القصد من رفع القلم عنه، أنّه يُمنع من إجازة عقده، لما في إجازته العقد من إجراء القلم عليه، ولأنه غير مكلف فوجب أن لا يصح عقده كالمجنون[6].

---

(1) بدائع الصنائع: 193/7، المغني: 347/6، الشرح الكبير على متن المقنع: 6/4.

(2) بدائع الصنائع: 193/7.

(3) المهذب: 10/3، البيان: 11/5.

(4) الشرح الكبير على متن المقنع: 6/4، المبدع: 8/4.

(5) سنن أبي داود: 455/6، كتاب الحدود، باب المجنون يسرق أو يصيب حداً، رقم الحديث: 4403، سنن ابن ماجه: 198/3، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، رقم الحديث: 2041، صحيح ابن حبان: 355/1، كتاب الإيمان، باب التكليف، رقم الحديث: 142، والحديث صحيح الإسناد، ينظر: البدر المنير: 266/3.

(6) الحاوي الكبير: 369/5.

2. المعقول: حيث إنّ البيع والشراء تصرف في المال، فلم يجز تفويضه إلى الصبي والمجنون كحفظ المال[1].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز تصرفات الصبي المميز في البيع والشراء إذا كانت بإذن وليه عملاً بالعرف، وللحاجة الداعية إلى جواز مثل هذه التصرفات.

المطلب الرابع: قبض المبيع

أولاً: تعريف القبض:

1. القبض لغة: يدلّ على شيء مأخوذ، تقول: قبضْتُ الشيء من المال وغيره قبضاً، أخذته[2].

2. القبض اصطلاحاً: (هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفاً وعادةً حقيقة)[3].

ثانياً: آراء الفقهاء في الاحتجاج بالعرف في قبض المبيع:

المبيع ينقسم إلى غير المنقول والمنقول:

فأما غير المنقول كالعقار والدور فقبضه يكون بالتخلية من قبل البائع وهو ما اتفق عليه الفقهاء[4]، والتخلية: هي أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما،

---

(1) المهذب: 10/3.

(2) معجم مقاييس اللغة: 50/5، المصباح المنير: 487/2.

(3) بدائع الصنائع: 148/5.

(4) ينظر: مجموع الفتاوى: 272/30، ورد المحتار: 563/4، والموسوعة الفقهية الكويتية: 317/11.

وتمكينه من التصرف فيه، فيكون البائع مسلما للمبيع، والمشتري قابضا له، وأن لا يكون هناك مانع حسي ولا شرعي بين المشتري وقبضه للمبيع[1].

وقد احتج الفقهاء بالعرف في أنّ قبض غير المنقول يكون بالتخلية:

قال القدوري: (وقبض العقار في العرف التخلية)[2].

وقال النووي: (العقار أنه لا يمكن فيه إلا التخلية ولأنها قبض له في العرف)[3].

وذكر أبوبكر المصنف كيفية قبض العقار فقال: (ويشترط فراغه -أي فراغ العقار- من أمتعة البائع اتباعاً للعرف)[4].

وأما المنقول: فالمراد به هو ما يمكن نقله من مكان إلى آخر، ويشمل النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات[5].

وقد احتج الفقهاء بالعرف في أنّ قبض المنقول يكون بما جرى عليه العرف في قبضه:

قال خليل: (القبض في غير المثلي والعقار ما يعد في العرف قبضاً، كاختبار الثوب وإعطائه رسن الدابة)[6].

قال الشيرازي: (لأن القبض ورد به الشرع وأطلقه فحمل على العرف والعرف فيما ينقل النقل وفيما لا ينقل التخلية)[7].

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع: 244/5، ومغني المحتاج: 466/2.

(2) التجريد: 2427/5.

(3) المجموع: 283/9.

(4) الوضوح: 148/4.

(5) ينظر: مجلة الأحكام العدلية: 31، والموسوعة الفقهية الكويتية: 317/11.

(6) التوضيح: 503/5.

(7) المهذب: 33/3.

وقال ابن تيمية: (القبض ليس له حد لا في اللغة ولا في الشرع، فيرجع فيه إلى العرف)[1].

وقال القره داغي: (مسائل القبض محكمة بالعرف)[2].

تبين من كلام الشيخين أنّ تفسير القبض وكيفيته يرجع إلى العرف، وما عده العرف قبضاً فهو قبض.

ثالثاً: كيفية قبض المنقول في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في كيفية قبض المنقول إلى مذهبين:

المذهب الأول: أنّ قبض المنقول يكون بما جرى عليه العرف في قبضه، فإن كان المبيع مكيلا فبكيله، أو موزونا فبوزنه، أو معدودا فبعدّه، أو منقولا فبنقله، أو متناولا باليد فبتناوله، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية[3]، وهو مذهب المالكية[4]، والصحيح عند الشافعية[5]، والمعتمد عند الحنابلة[6].

واستدلوا بما يأتي:

1. السنة النبوية:

- الحديث الأول: عَن أبِي هريرة ﷺ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قَالَ: ((مَنِ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ))[7].

---

(1) مجموع الفتاوى: 345/20.

(2) بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة: 427.

(3) المبسوط: 68/21.

(4) التوضيح: 105/6.

(5) المجموع: 275/9.

(6) المغني: 186/6.

(7) صحيح مسلم: 1162/3، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم الحديث: 1528.

- الحديث الثاني: عن عثمان ﷺ أنّ رسول الله ﷺ قال له: ((يا عُثمانُ إذَا بِعْتَ فكِلْ، وإذَا ابتعْتَ فاكتل))[1].

وجه الدلالة: فيهما دلالة على أنّ من اشترى طعاماً أو غيره مما يُنقل، أنّه لا يجوز له أن يبتاعه حتى يستوفيه بالكيل أو الوزن أو العدد[2].

- الحديث الثالث: عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: ((نهى رَسولُ اللهِ ﷺ عنْ بيْعِ الطَّعَامِ حتى يَجْرِي فيهِ الصَّاعانِ: صاعُ البائعِ وصاعُ المُشْتَرِي))[3].

وجه الدلالة: أنّ الأصل في قبض المكيل الكيل، وقبض الموزون الوزن، وقيس عليهما ما في معناهما كالعدّ والذرع، فيجب في قبض المنقول النقل، لأنّ القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف[4].

2. الأثر: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال:((أَنَّهُمْ كَانُوا يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا اشْتَرَوْا طَعَامًا جِزَافًا أَنْ يَبِيعُوهُ فِي مَكَانِهِ حَتَّى يُحَوِّلُوهُ))[5].

وجه الدلالة: أنّ من اشترى طعاماً جزافاً فيجب فيه أن ينقله ويحوله من مكانه إلى مكان آخر، لأنه منقول فلم يتم قبضه بمجرد التمكين[6].

---

(1) رواه البخاري معلقاً بصيغة التمريض: 67/3، كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي، وحسّنه ابن حجر، فتح الباري: 19/1.

(2) ينظر: الفواكه الدواني: 78/2.

(3) سنن ابن ماجه:340/3، أبواب التجارات، باب بيع المجازفة، رقم الحديث: 2228، حسّنه ابن حجر، فتح الباري: 351/4.

(4) منار السبيل: 325/1.

(5) صحيح مسلم: 1161/3. كتاب البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض، رقم الحديث: 1527.

(6) الحاوي الكبير: 227/5، البيان: 74/5.

3. العرف: حيث استدلوا بالعرف في وجوب الرجوع إليه في بيان كيفية قبض المنقول، لأنّ القبض ورد في الشرع مطلقاً، فيُحمل على العرف، وقد جرى في العرف النقل في المنقول، والتخلية في غير المنقول[1].

المذهب الثاني: القبض يكون بالتخلية كما في غير المنقول وهو مذهب الحنفية[2]، وقول عند الشافعية[3]، ورواية عند الحنابلة[4].

واستدلوا بما يأتي:

1. القياس على المنقول: حيث إن القبض في كل شيء يكون بالتخلية مع التمييز، لأن البائع خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضاً له، قياساً على العقار[5].

وأجيب: بأنّه لا يمكن قياس المنقول على العقار، لأنه لا يمكن في العقار إلا التخلية، ولأنها قبض له في العرف بخلاف المنقول[6].

2. أصل اللغة: حيث إنّ التسليم له أي: جعله سالما خالصا له، وسلم فلان لفلان أي خلص له، فتسليم المبيع إلى المشتري جعله خالصا له بحيث لا ينازعه فيه أحد، وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليما من البائع، والتخلي قبضا من المشتري[7].

---

(1) المهذب: 33/3، المبدع: 119/4.

(2) بدائع الصنائع: 244/5، المحيط البرهاني: 283/6.

(3) الوسيط: 152/3، المجموع: 276/9.

(4) المغني: 186/6، الشرح الكبير على متن المقنع: 120/4.

(5) الشرح الكبير على متن المقنع: 120/4.

(6) المجموع: 283/9.

(7) بدائع الصنائع: 244/5.

3. المعقول: حيث إنَّ التسليم واجب على البائع، وكذلك خروج المبيع من عهدته، والذي يستطيع البائع القيام به هو التخلية ورفع الموانع، فأما الإقباض فليس في مقدرته[1].

ويجاب عن هذا بأنّ الدليل ورد في القبض، وليس له حدّ في اللغة ولا قدر في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم[2].

الترجيح:

تبين أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، لقوة أدلتهم، فإنه يجب في المنقول النقل، فلا تكتفي التخلية، فإنه لا يترتب على التخلية قبل النقل شيء، وليس للمشتري حق التصرف في المبيع حتى ينقله من مكانه، والعرف يؤيد هذا القول بأنّ القبض يختلف باختلاف المبيع، وأنه مطلق في اللغة والشرع، ولم يُفَسَّر كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى العرف، والله أعلم.

---

(1) المصدر نفسه: 244/5.

(2) البيان: 74/5.

المطلب الخامس: ما يدخل في مسمى المبيع

أولاً: احتجاج الفقهاء بالعرف فيما يدخل في مسمى البيع، وهي كما يأتي:

قال البابرتي (ت 786هـ): (أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وإن لم يذكر صريحا)[1].

قال ابن عابدين: (جرى العرف في بلاد الشام أنه إذا كان في الدار ميازيب[2] مركبة على سطحها أو بركة ماء في صحنها أو نهر كنيف[3] تحت أرضها وهو المسمى بالمالح دخول حق التسييل في الميازيب، وفي النهر المذكور، ودخول شرب البركة الجاري إليها وقت البيع وإن لم ينصوا على ذلك) ثمّ قال: (أن الأحكام تبنى على العرف وأنه يعتبر في كل إقليم وعصر عرف أهله)[4].

وقال الدسوقي: (محل تناول العقد على البناء والشجر للأرض وتناول العقد على الأرض ما فيها من بناء وشجر كان ذلك العقد بيعا أو غيره إن لم يكن شرط أو عرف بخلافه وإلا عمل بذلك الشرط أو العرف)[5].

وقال ابن حجر الهيتمي (ت 974هـ): (والذي يتجه أن تلك البيوت إن عدها أهل العرف من أجزائها المشتملة هي عليها دخلت لدخولها حينئذ في مسماها حقيقة، وإلا فلا)[6].

---

(1) العناية: 280/6.

(2) الميزاب: من وَزَبَ الشيءُ يَزِبُ وزْباً إذا سال، وهو المثعَبُ أي مجرى الماء، والجمع: مآزيب وميازيب، وهو لفظ فارسي معرب، ينظر: لسان العرب: 202/15.

(3) كَنيفـ: سَتْر، والكنيف هو الساترُ، والجمع كُنُفٌ، ويسمى الترس كنيفا لأنه يستر صاحبه، ينظر: معجم مقاييس اللغة: 142/5، والمصباح المنير: 542/2.

(4) ردّ المحتار: 189/5.

(5) تحفة المحتاج: 448/4.

(6) تحفة الطالبين: 75.

تبين أنّ العرف هو الذي يحدد ما يتناوله اسم المبيع، فإن جرى في العرف بيعه مع المبيع، فإنّه تابع له بدون ذكره صراحة في العقد، كالأشجار في بيع الأرض، والأبواب والأوتاد في بيع الدار، فالأعراف والعادات مختلفة في ذلك، فما جرى العرف في بلد بتبعيته للمبيع فإنّه تابع له، وقد لا يجري هذا في عرف بلد آخر.

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على ذلك، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل[1].

وهذا يندرج تحت قاعدة (العادة مُحَكَّمة)[2]، فإنّ ضابط ما يدخل في المبيع وما لا يدخل فيه هو العرف، وذلك عند عدم التنصيص عليه في العقد، كدخول الأبنية، والأشجار، والمطابخ المنقولة، وموتور الماء في بيع الدار، وكذلك دخول الآبار، والأشجار، ومكائن السقي، في بيع المزارع والبساتين، يرجع إلى ما جرت به العادة بتبعيته للمبيع أم لا، وكذلك الحال في بيع السيارات والأجهزة المنزلية وغيرها[3].

قال أحمد الحجي: (إنّ كل ما تناوله اسم المبيع عرفاً كان داخلاً في المبيع تبعاً، وتنتقل ملكيته إلى المشتري بمجرد تمام البيع، وإن لم ينص عليه فيه، فإذا باعه داراً دخل فيها كل ما كان فيها من البناء، لأنّه من الدار عرفاً، أو باعه بستاناً دخل فيه الشجر، لأنّه من البستان في العرف)[4].

---

(1) ينظر: مجلة الأحكام العدلية: 47، وردّ المحتار: 189/5، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 171/3، ولوامع الدرر: 26/9، والبيان: 228/5، ومغني المحتاج: 487/2، وكشاف القناع: 3/273-274، ومنار السبيل: 334/1، والموسوعة الفقهية الكويتية: 18/9.

(2) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي: 89، والأشباه والنظائر لابن نجيم: 79.

(3) قاعدة العادة محكمة: 151.

(4) فقه المعاوضات: 246/1.

المبحث الثاني: الخيار والشفعة

المطلب الأول: خيار المجلس

أولاً: مفهوم خيار المجلس:

1. الخيار لغة: من خَيَرَ وهو العطف والميل، والخِيرَةُ، والخِيار، والخِيرُ: الكرَمُ، والخَيْرُ ضد الشَّرِ، والخِيارُ هو الاختيار: الاصطفاء، وهو طلب خير الأمرين، إمّا إمضاء البيع أو فسخه[1].

2. الخيار اصطلاحا: لا يخرج تعريف الخيار اصطلاحاً عمّا ورد في اللغة فقد عُرف بأنه (طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه)[2]، وقد جاء تعريفه في الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه: (حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه لظهور مسوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي)[3]، وهذا التعريف أشمل من سابقه لذكره المسوغ الشرعي الذي قد يفسخ به العقد كخيار العيب أو المجلس، أو بموجب اتفاق بين الطرفين كخيار الشرط.

والأصل في البيع لزوم العقد من الجانبين، وقد شُرع الخيار للمتعاقدين على إمضاء العقد أو فسخه لدفع الضرر، أو نظراً للمصلحة[4].

3. المجلس لغة: جلَسَ يَجْلِسُ جلوساً: الارتفاع في الشيء، والمَجْلِسُ: موضع الجلوس، ومصدره المَجْلَس[5].

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 232/2، لسان العرب: 187/5.

(2) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 332/4، مغني المحتاج: 402/2، المبدع:62/4.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية: 41/20.

(4) المجموع: 140/12.

(5) معجم مقاييس اللغة: 473/1، مختار الصحاح:107.

4. خيار المجلس اصطلاحاً: (أن يتخير المتعاقدان في الفسخ والإجازة بعد العقد ما لم يتفرقا)[1].

ويُقصد به أنّ لكل واحدٍ من طرفي العقد إمضاءُ العقد أو فسخه ما داما لم يفارقا مجلسَ العقد، وتبدأ مدته بعد الإيجاب والقبول إلى حين التفرق[2].

ثانياً: حكم العمل بخيار المجلس:

اختلف الفقهاء في العمل بخيار المجلس على مذهبين:

المذهب الأول: إثبات خيار المجلس للمتعاقدين بعد الإيجاب والقبول، ولهما الخيار في إثبات العقد

أو فسخه ما داما في مجلس واحد ولم يتفرقا، ولم يتخايرا وهو مذهب الشافعية[3]، والحنابلة[4].

والتخاير: هو أن يقول للآخر اختر إمضاء العقد أو فسخه، ويقول الآخر اخترت الإمضاء أو الفسخ، فينقطع الخيار[5].

المذهب الثاني: عدم ثبوت خيار المجلس، ولعقد يلزم بالإيجاب والقبول، وهو مذهب الحنفية[6]، والمالكية[7].

---

(1) نهاية المطلب: 16/5.

(2) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 205- 206.

(3) المهذب: 11/3.

(4) المغني: 10/6.

(5) المهذب: 11/3.

(6) بدائع الصنائع: 228/5.

(7) الذخيرة: 20/5.

استدلّ القائلون على إثبات خيار المجلس بما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: ((المُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الخِيَارِ))[1].

بما أن الحديث صحيح وثابت عن رسول الله ﷺ بإجماع العلماء[2]، إلا إنّ أصحاب المذهب الثاني وهم الحنفية والمالكية لم يعملوا بهذا الحديث وأجابوا عن عدم عملهم به مع ثبوته بما يأتي:

1. أنه حديث آحاد مخالف لظاهر قوله تعالى: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ] [النساء: 29]، فالخيار المذكور في الحديث محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع، أما إذا تمّ الإيجاب والقبول فلا خيار[3].
2. الحديث محمول على التفرق في الأقوال لا الأبدان[4].
3. أنه محمول على اختيار شرط الخيار بأن يشترط المتعاقدان أو أحدهما الخيار[5].
4. وقال الإمام مالك: (ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به) أي: أنّه ليس للتفرق حد معروف، وأن الحديث مخالف لعمل أهل المدينة[6].

---

(1) متفق عليه: صحيح البخاري: 64/3 ، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم الحديث: 2111: وصحيح مسلم:1163/3 ، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، رقم الحديث: 1531.

(2) ينظر: التمهيد: 8/14.

(3) بدائع الصنائع: 228/5.

(4) رد المحتار: 528/4.

(5) الذخيرة: 22/5.

(6) التمهيد: 9/14.

الترجيح:

تبين مما تقدم أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول القائلين بثبوت خيار المجلس، وذلك لثبوت الحديث الوارد فيه، قال ابن عبد البر(ت: 463هـ): (فأما النين ردوه فمالك وأبو حنيفة وأصحابهما لا أعلم أحداً رده غير هؤلاء إلا شيء روي عن إبراهيم النخعي)[1].

وسنترك مناقشة أصحاب القول الثاني وإجاباتهم عن ردّهم للحديث لكي لا نبتعد عمّا نحن بصدده وهو الاحتجاج بالعرف في مسائل الخيار.

ثالثاً: العرف وخيار المجلس:

أما الاحتجاج بالعرف في مسائل خيار المجلس فيكون في بيان حدّ التفرق عند مَن يأخذ به:

آراء الفقهاء في الاحتجاج بالعرف في بيان حدّ التفرق في خيار المجلس:

قال النووي: (والرجوع في التفرق إلى العادة فما عده الناس تفرقا فهو تفرق ملتزم للعقد ومالا فلا[2].

وقال أبوبكر المصنف: (فما يعده العرف تفرقة فتفرقة، وما لا فلا)[3].

وقال البهوتي: (بأن يفارقه بحيث يعد مفارقا له في العرف، لأن التفرق لم يحده الشرع فرجع فيه إلى ما يعده الناس تفرق)[4].

آراء الفقهاء في بيان حدّ التفرق:

---

(1) المصدر نفسه: 8/14.

(2) المجموع: 180/9.

(3) الوضوح: 95/4.

(4) كشاف القناع: 201/3.

اختلف القائلون بخيار المجلس من الشافعية والحنابلة في تفسير التفرق وبيان حدّه على قولين:

القول الأول: يعود التحكم في بيان حد الفرقة بين العاقدين إلى عرف الناس وعاداتهم، فما عدّه الناس تفرقاً فهو تفرق ملزم للعقد، وما لا فلا، وهو الصحيح المشهور من مذهب الشافعية والحنابلة[1].

واستدلّوا بالمعقول: حيث إنّ الافتراق قد ورد في الشرع مطلقاً ولم يبين حدّه، وما أطلقه الشرع ولم يكن محدوداً في اللغة، كان الرجوع في تفسيره وبيان حده إلى عرف الناس وعاداتهم[2].

القول الثاني: أن يبتعد أحدهما عن صاحبه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة، وهو وجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة[3].

واستدلوا بفعل الصحابي: وقد روى نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا اشترى شيئا يعجبه، وأراد أن لا يقيله[4]، مشى يسيراً لكي يفارق صاحبه، ثم يرجع[5].

---

(1) المجموع: 180/9، المغني: 12/6.

(2) الحاوي الكبير: 44/5.

(3) المهذب: 12/3، المجموع: 180/9، المغني: 12/6.

(4) أقال: في اللغة هو رفع وإسقاط، أقال الله عثرته، إذا رفعه من سقوطه، ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد، وفي الاصطلاح: عبارة عن رفع العقد، ينظر: المصباح المنير: 521/2، وأنيس الفقهاء: 76.

(5) صحيح البخاري: 64/3، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم الحديث: 2107، وصحيح مسلم: 1163/3، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، رقم الحديث: 1531.

وجه الدلالة: أنّ التفرق في الشرع مطلق، فوجب الرجوع إلى التفرق المعهود وهو التفرق بأبدانهما إذا كلّمه لم يسمع كلامه[1].

وأجيب بأنّ ما فعله ابن عمر رضي الله عنهما يدل صحة قول الأول، لأنه هو التفرق الذي كان معروفاً عند الناس في ذلك العصر[2].

الترجيح:

تبين أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، لأنّ المرجع في التفرق هو العرف، فما عدّه الناس تفرقاً فهو تفرق، ويلزم به العقد، ولا يمكن حصره في صورة واحدة، لأنّ التفرق يختلف باختلاف أعراف الناس وعاداتهم.

المطلب الثاني: خيار العيب

اولاً: مفهوم خيار العيب:

1. العيب لغة: عابَ المتاع عيْباً: أي الوصمة، وهو مَعيبٌ ومَعيوب، والجمع: عُيُوب[3].

2. العيب اصطلاحاً: (هو ما نقص عن الخِلْقَةِ الطبيعية، أو عن الخُلُق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع)[4].

---

(1) المهذب: 10/3.

(2) المجموع: 181/9.

(3) المصباح المنير: 439/2، القاموس المحيط: 114.

(4) بداية المجتهد: 578.

3. خيار العيب اصطلاحاً: (هو أن يختار ردّ المبيع إلى بائعه بالعيب)[1].

ويسمى أيضا بخيار النقيصة[2]، لذا عرفه ابن الحاجب (المتوفى 646هـ)، بأنه:(نقص مخالف ما التزمه البائع شرطاً أو عرفاً في زمان ضمانه)[3].

والتعريف الأخير أجمع من سابقه، ويُقصد بالنقص الشرطي: ما يشترطه المشتري، كأن يشتري السلعة على هيئة ثم يجد خلافه كان له الرد، فنزلوا هذا منزلة الشرط، وبالنقص العرفي: ما تقتضي العادة بأنه إنما يدخل على السلامة منه ما يؤثر في نقص الثمن، أو المبيع، أو في التصرف، أو خوفاً في العاقبة، و(في زمان ضمانه) أي: أن النقص المذكور لابد أن يكون حاصلاً في الزمان الذي يضمن فيه البائع المبيع للمشتري[4].

ثانياً: مشروعية خيار العيب:

استدل الفقهاء على مشروعية خيار العيب بالكتاب والسنة والإجماع والقياس:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29].

وجه الدلالة: صحة البيع موقوف على وجود الرضا، فانعدامه يمنع صحته، واختلاله يوجب الخيار فيه[5].

---

(1) التعريفات:171.

(2) النقيصة: العيب، يُقال: ما به نقيصة، أي شيء يُنقص، والنُّقصُ: خلاف الزيادة، ينظر: معجم مقاييس اللغة: 470/5.

(3) جامع الأمهات: 357.

(4) التوضيح: 430/5.

(5) بدائع الصنائع: 274/5.

2. السنة النبوية: عن عائشة رضي الله عنها أنّ رسول الله ﷺ قال: ((الخَرَاجُ بالضَّمَانِ))[1].

وجه الدلالة: أنّ المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً فله أن يرده[2].

3. الإجماع: اتفق الفقهاء على أنّ المبيع تُرَدُّ بالعيب[3].

4.القياس: فقد قاسوا ردّ المبيع بسبب العيب على الردّ بسبب المصراة[4] الثابت بما روى أبو هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: ((مَنِ اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاةً، فَاحْتَلَبَهَا، فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا فَفِي حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ))[5].

وجه الدلالة من الحديث: أنّ للمشتري الخيار في أن يمسك المبيع أو أن يرده، لأنه بذل الثمن ليحصل على مبيع سليم، ولم يسلم له ذلك، فثبت له الرجوع بالثمن[6].

---

(1) سنن أبي داود: 368/5، كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، رقم الحديث: 3508، وسنن ابن ماجه: 352/3، أبواب التجارات، باب الخراج بالضمان، رقم الحديث: 2243، و سنن الترمذي: 573/3، أبواب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، رقم الحديث: 1285، وقال: (هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم)، وصححه ابن القطان، ينظر: بيان الوهم والإيهام: 212/5.

(2) البيان: 285/5.

(3) المجموع، 122/12.

(4) المصراة: من صَرى الماء يَصريه، إذا جمعه، وماءٌ صَريٌ أي: مجموع، أي هي جمع اللبن في ضرع الناقة أو البقرة أو الشاة عند إرادة بيعها حتى يعظم ضرعها فيظن المشتري أن كثرة لبنها عادة لها مستمرة، ينظر: معجم مقاييس اللغة: 346/3، شرح النووي على صحيح مسلم: 400/10.

(5) متفق عليه: صحيح البخاري: 71/3، كتاب البيوع، باب إن شاء ردّ المصراة وفي حلبتها صاع من تمر، رقم الحديث: 2151، وصحيح مسلم: 1158/3، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، رقم الحديث: 1524.

(6) المهذب: 114/3.

ثالثاً: العرف وخيار العيب:

العيب الذي يُردّ به المبيع هو ما ينقص قيمة المبيع عادة أو ما عدّه الناس وأهل الخبرة عيباً، وقد احتج الفقهاء بالعرف في تحديد العيب.

قال المرغيناني (ت 593): (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، لأن التضرر بنقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله)[1].

وقال ابن الحاجب: (نقص يخالف ما التزمه شرطاً أو عرفاً)[2]، ثم قال : (والعرف ما تقتضي العادة بأنه إنما دخل على السلامة منه مما يؤثر في نقص الثمن أو التصرف أو خوفاً في العاقبة)[3]، أي إن العيب الذي تقتضي العادة الدخول على السلامة منه هو الذي يؤدي إلى ما يأتي:

- نقص ثمن المبيع من غير نقص في المبيع كالعور وجماح الدابة عند ركوبها.
- نقص في المبيع من غير نقص في الثمن كالخصاء.
- نقص في التصرف كقطع بعض أذن الشاة المشتراة للأضحية، فللمشتري ردّها لأنه لا يفي المقصود ولا يستطيع التصرف فيها.
- خوفا في العاقبة كعلة في أحد الأبوين يخشى عليها أولاده[4].

وقال الشيرازي (ت 476): (العيب الذي يردّ به المبيع ما يعده الناس عيبًا، فإن خفي منه شيء، رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس)[5].

---

(1) الهداية: 37/3.

(2) جامع الأمهات: 357.

(3) المصدر نفسه: 358.

(4) التوضيح: 431/5.

(5) المهذب: 124/3.

وقال أبوبكر المصنف: (مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع، لأنّ الأصل هو السلامة، وهي وصف مطلوب مرغوب عادة، والمطلوب عادة كالمشروط، فكأنه شرط عدمه، وذلك بالإجماع)[1].

أي أنّ الأصل في البيع هو سلامة المبيع من العيب وهي مطلوبة في العرف والعادة، فمن اشترى شيئاً أو باع فكأنما شرط خلو المبيع من كل عيب، وقوله (بالإجماع) أي: لم يخالف في ذلك الفقهاء في جعل المرجع والموجب للعيب الذي يثبت به الخيار هو ما عدّه الناس عيباً.

وقال ابن مفلح (ت 884): (خيار العيب، وهو النقص، أي: ما نقص ذات المبيع أو قيمته عادة)[2] .

وقال البوطي: (شُرع خيار العيب في المبيع وترك عرف الناس فيما يعتبر معيباً هو المحكم في حدّ العيب وضبطه)[3].

تبين مما تقدّم أنّ الذي يحدد النقص والعيب هو عرف الناس وعاداتهم، وإن تنازع العاقدان في ذلك

فالمرجع أهل الخبرة من ذلك الفن والجنس، وهذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء[4].

---

(1) الوضوح: 104/4.

(2) المبدع: 84/4.

(3) ضوابط المصلحة: 283.

(4) ينظر: الهداية: 37/3، وجامع الأمهات: 357، والمهذب: 124/3، والمبدع: 84/4، وفقه المعاملات المالية المقارن: 147.

المطلب الثالث: الشفعة

أولاً: مفهوم الشفعة:

1. الشفعة لغة: شفَعَ شفْعاً: مقارنة الشيئين، وهو خلاف الوتر، وشفعه: ضمّه إلى الفرد، وشفعْتُ الركعة أي: جعلتها اثنتين، والجمع شفعاء[1].

2. الشفعة اصطلاحاً:

اختلف تعريف الفقهاء لمصطلح الشفعة تبعاً لاختلافهم في ثبوت الشفعة للشريك فقط، أو للشريك والجار معاً، فقد ذهب الجمهور إلى ثبوت الشفعة للشريك فقط دون الجار، لذا عرفها المالكية بأنها: (استحقاق الشريك أخذ مبيع شريكه بثمنه)[2]، وعند الشافعية هي: (حق تمليك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما يملك بعوض)[3]، وعند الحنابلة هي: (استحقاق الشريك أخذ حصة شريكه من يد من انتقلت عنه بعوض مالي مستقر)[4]، تبين من هذه التعريفات أنّ الشفعة من حقّ الشريك دون الجار، فهو يستحق أخذ ما بيع من حصة شريكه[5].

أما الحنفية فقد خالفوا الجمهور في إثباتهم حق الشفعة للشريك والجار معاً، لذا عرّفوا الشفعة بأنها: (تمليك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه)[6]، أي: ثبوت تمليك

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 201/3، المصباح المنير: 317.

(2) المختصر الفقهي: 326/7.

(3) مغني المحتاج: 372/3.

(4) المبدع: 60/5.

(5) ينظر: الفواكه الدواني: 151/2، وروضة الطالبين: 72/5، وكشاف القناع: 134/4.

(6) البحر الرائق: 143/8، الدر المختار: 621.

العقار للشريك والجار، (جبراً على المشتري) أي: دون رضاه، فخرج ما كان بالرضا كالبيع، وقوله (بما قام عليه) أي: بمثل ما دفع المشتري حقيقةً أو حكماً[1].

ثانياً: مشروعية الشفعة:

استدل الفقهاء على مشروعية الشفعة بالسنة والإجماع:

1. السنة النبوية: روى جابر بن عبدالله رضي الله عنهما أنه قال: ((قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ، وَصُرِّفَتْ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ))[2].

وجه الدلالة: أنّ هذا الحديث وغيرها من الأحاديث دليل على مشروعية الشفعة[3].

2. الإجماع: اتفق الفقهاء على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دارٍ أو حائط[4].

ثالثاً: العرف والشفعة:

والذي يتعلق بالعرف في مسائل الشفعة هو طلب الشفعة يكون على الفور أم على التراخي.

وإذا كان الطلب على الفور بعد العلم بالبيع، هل يكون للعرف أثرٌ في بيان المبادرة أم لا؟

---

(1) البحر الرائق: 143/8، رد المحتار: 216/6.

(2) صحيح البخاري: 87/3، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، رقم الحديث: 2257.

(3) البيان: 97/7، المبدع: 232/2.

(4) الإشراف: 152/6، بداية المجتهد: 647.

رابعاً: آراء الفقهاء في الاحتجاج بالعرف على فورية طلب الشفعة:

قال الجويني (ت 478): (أن معظم أئمتنا صاروا إلى أن الرّجوع في تحقيق الفور إلى العرف)[1].

قال العمراني (ت 558): (هو أن يطالبه على حسب ما جرت العادة به)[2].

وقال الحافظ العراقي (ت 826): (المراد بكونها على الفور، أنّه يبادر على العادة)[3].

وقال ابن عثيمين (ت 1421): (الصحيح أنه يرجع في هذا إلى العرف إذا أخر الرد أو المطالبة بالأرش مدة تدل عرفاً على أنه راضي فإنه يسقط الخيار وإلا فله الخيار)[4].

تبين أنّهم يحتجون بالعرف في طلب الشفعة، وأنّ المطالبة تكون على الفور، وأنّه يبادر إليه فوراً، وتكون المبادرة حسب العرف والعادة، فلا يُكلّف الشفيع فوق العادة.

خامساً: مذاهب الفقهاء في طلب الشفعة:

اختلف الفقهاء في بيان وقت وجوب الشفعة على مذهبين:

المذهب الأول: أنّ المطالبة بالشفعة تكون فور العلم بالبيع، وتكون المطالبة حسب العادة لا على أسرع ما يمكن، وإن أخّر الطلب من غير عذر سقط حقه، وهو مذهب الحنفية[5]، والصحيح من مذهب الشافعية[6]، والحنابلة[7].

---

(1) نهاية المطلب: 321/7.

(2) البيان: 133/7.

(3) تحرير الفتاوى: 227/2.

(4) تعليقات ابن عثيمين على الكافي لابن قدامة: 352/4.

(5) وهو ما يسمى عندهم بطلب المواثبة: لما روي عن شُرَيْح أنه قال: (إِنَّمَا الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا)، (مصنف عبد الرزاق: 83/8، كتاب البيوع، باب الشفيع يأذن قبل البيع وكم وقتها؟ برقم: 14406، والمواثبة: هي المسارعة والمبادرة، ينظر: بدائع الصنائع: 17/5، والهداية: 310/4، ورد المحتار: 225/6.

(6) البيان: 132/7-133. روضة الطالبين: 107/5.

(7) الإنصاف: 260/6، كشاف القناع: 140/4-141.

واستدلوا بما يأتي:

1. السنة النبوية: روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ: ((الشَّفْعَةُ كحَلِّ العِقَالِ))[1].

وجه الدلالة: الشفعة مرهونة بفورية الطلب، وأنّها تفوت عند عدم المبادرة على الفور كما يفوت البعير الشرود إذا حلّ عقاله، ولم يطلبه فوراً[2].

وأجيب عن هذا الحديث بجوابين:

الأول: أنّه حديث ضعيف لا يصلح الاحتجاج به[3].

الثاني: على فرض صحة الحديث فإنّه مطلق في الأحوال فيحمل على صورة واحدة وهو ما إذا وقفه الحاكم، وإذا عمل بالمطلق في صورة، سقط الاستدلال به فيما عداها، هذا على اعتبار صحة الحديث[4].

2. القياس: أنّه خيار ثبت في البيع لدفع الضرر الحاصل عن المال، فكان على الفور قياساً على الرد بالعيب[5].

وأجيب: بأنّ في الطلب على الفور ضرر على الشفيع، لأنّه قد يكون معسراً، فيكون الطلب على التراخي لمصلحة الشفيع بخلاف خيار العيب فإنّه لا مصلحة لتأخير الطلب[6].

---

(1) سنن ابن ماجه: 548/3، أبوب الشفعة، باب طلب الشفعة، رقم الحديث: 2500، قال ابن الملقن: الحديث ضعيف جداً، ينظر: البدر المنير: 12/7، والدراية: 203/2.

(2) كفاية الأخيار: 389.

(3) نصب الراية: 176/4- 177، والبدر المنير: 12/7.

(4) الذخيرة: 371/7.

(5) مغني المحتاج: 307/2، الشرح الكبير على متن المقنع: 474/5.

(6) الذخيرة: 371/7.

المذهب الثاني: طلب الشفعة لا يكون على الفور، بل وقت طلبه متسع، وهو مذهب المالكية[1]، والقول القديم للإمام الشافعي[2]، ورواية عن الإمام أحمد[3].

واختلف عنهم في الوقت المتسع، هل هو محدود أم غير محدود؟ والمشهور عن الإمام مالك أنّ وقت طلب الشفعة في حدود السنة بعد العقد[4]، وعن الإمام الشافعي في قوله القديم أنّه بالخيار إلى ثلاثة أيام[5].

واستدلوا بما يأتي:

1. السنة النبوية: روى جابر بن عبدالله رضي الله عنهما أنه قال: ((قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ، وَصُرِّفَتْ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ))[6].

وجه الدلالة: أنّ رسول الله ﷺ أثبت الشفعة ولم يعين وقتاً، ولأنّه حق للشفيع فلا يتعين مؤجلاً كسائر الحقوق[7].

وأجيب: بأنّ إثباتها على التراخي يضرّ بالمشتري، وذلك لعدم استقرار ملكه[8].

---

(1) بداية المجتهد: 652.

(2) الحاوي الكبير: 240/7، المهذب: 456/3.

(3) الإنصاف: 260/6.

(4) ينظر: بداية المجتهد: 652.

(5) ينظر: المهذب: 456/3.

(6) صحيح البخاري: 87/3، كتاب الشفعة، باب الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، رقم الحديث: 2257.

(7) الذخيرة: 371/7.

(8) كشاف القناع: 141/4.

2. القياس: وذلك بالقياس على الديون، لأن ما يمتلكه الإنسان من حقّ لا يبطل بالتأخير، ولا يتعين طلبها معجلاً كسائر الحقوق من الديون وغيرها[1].

3. المعقول: حيث إنّ سكوت الشفيع عن طلبه الشفعة لا يبطل حقه، لأنّ السكوت لا يبطل حقّ المسلم ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدلّ على إسقاطه لحق[2].

وأجيب: بأنّ سكوت الشفيع بعد علمه بالبيع دليل على رضاه، فتبطل الشفعة، لأنّ السكوت دليل الرضا بالعلم بها[3].

الترجيح:

الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في وجوب طلب الشفعة فور العلم بالبيع، لأنّ التراخي قد يضرّ بالمشتري لعدم استقرار ملكه وعدم استطاعته التصرف فيه، وتكون المطالبة حسب عرف الناس وعاداتهم، والله أعلم.

---

(1) ينظر: الذخيرة: 371/7، والحاوي الكبير: 241/7.

(2) بداية المجتهد: 652.

(3) البحر الرائق: 146/8.

المبحث الثالث: السلم والربا

المطلب الأول: السلم

أولاً: مفهوم السلم:

1. السلم لغة: السلَفُ، وأسلم في الشيء وسلَّمَ وأسلف بمعنى واحد، والسَّلمُ: هو الإعطاء، وهو أن تعطي ذهبا وفضة في سلعة معلومة إلى أمدٍ معلوم، وأسلَمَ: دخل في السلم وهو الاستسلام[1].

2. السلم اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريف السلم تبعاً لاختلافهم في الشروط التي يجب تواجدها ضمن التعريف، فجاءت التعريفات كالآتي:

عرّفه الحنفية بأنه: (بيع آجلٍ بعاجل)[2].

وعرّفه المالكية بأنه: (عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة، غير متماثل العوضين)[3].

وعرّفه الشافعية بأنه: (بيع موصوف في الذمة)[4].

وعرّفه الحنابلة بأنه: (بيع موصوف في الذمة إلى أجلٍ)[5].

---

(1) لسان العرب: 244/7، المصباح المنير: 286/1.

(2) الدر المختار: 437.

(3) المختصر الفقهي: 230/6.

(4) مغني المحتاج: 3/3.

(5) المبدع: 171/4.

عند النظر إلى هذه التعريفات يتبين أن مدلولها واحد وهو أنّ السلم بيع يتقدم فيه الثمن ويتأخر المبيع مع إضافة ودرج بعض القيود لأصحاب المذاهب بناءً على الشروط التي يرونها يجب أن تتواجد في بيع السلم.

وربّ السلم أو المُسْلَم هو المشتري، والمُسْلَمُ إليه هو البائع، والمُسْلَمُ فيه هو المبيع، ورأس المال هو الثمن[1].

ثانياً: مشروعية السلم:

ثبتت مشروعيته بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: 282].

قال ابن عباس رضي الله عنهما: (أَشْهَدُ أَنَّ السَّلَفَ الْمَضْمُونَ إِلَى أَجَلٍ مُسمًى قَدْ أَحَلَّ اللهُ فِي كِتَابِهِ، وَأَذِنَ فِيهِ، ثُمَّ قَرَأَ هذِهِ الآية)[2].

2. السنة النبوية: عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّ الرسول ﷺ قال: ((مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ))[3].

وجه الدلالة: دلّ هذا الحديث على جواز السلم، لحاجة الناس إليه[4].

---

(1) التعريفات: 202.

(2) المستدرك على الصحيحين للحاكم: 314/2، كتاب التفسير، رقم الأثر: 3130، وقال: (هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه)، وإسناده صحيح، ينظر: البدر المنير: 616/6.

(3) متفق عليه: صحيح البخاري: 85/3، كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم، رقم الحديث: 2239، وصحيح مسلم: 1226/3، كتاب المساقاة، باب السلم، رقم الحديث: 1604.

(4) ينظر: مغني المحتاج: 3/3، والمبدع: 171/4.

3.الإجماع: أجمع الفقهاء على جواز السلم[1].

ثالثاً: السلم والعرف:

من شروط المُسْلَم فيه أن يكون معلوماً مبيناً مضبوطاً بما يرفع الجهالة عنه، المقصود بكون المسلم فيه معلوما من جهتين:

1. معلومية المقدار: وهي أن يكون من المعايير المعروفة من كيل أو وزن أو ذرع أو عدّ.

2. معلومية الصفة: وذلك ببيان جنسه ونوعه وجودته ورداءته.

فإذا توفر في المسْلَم فيه هذان الأمران صحّ السلم، وإذا اختلّا أو اختلّ أحدهما بطل السلم، وهذا ما أجمع عليه العلماء[2].

فضبط المقادير ومعلومية الصفة من المسائل التي تعلقت بالعرف، وفيما يأتي بيان أثر عرف الناس وعاداتهم في تحديد المقادير وبيان الصفة، ويكون الحديث عنهما في مسألتين:

المسألة الأولى: العرف وضبط المقادير:

أجمع الفقهاء على أنّه لا يجوز السلم إلا في كيل معلوم فيما يكال، أو وزن معلوم فيما يوزن، وأجمعوا على أنه إن كان السلم فيما لا يكال ولا يوزن فلا بدّ فيه من عدد معلوم [3]، فوجب أن يكون المسْلَم فيه معلوم الكيل أو الوزن أو العدّ أو أي مقياس آخر إذا كان

---

(1) الإشراف: 101/6، الإقناع في مسائل الإجماع: 237/2.

(2) الإشراف: 2/593-594.

(3) شرح صحيح البخاري لابن بطال: 365/6، فتح الباري: 543/4.

معلوما معروفا عند الناس، وإن كان المسْلَم فيه مجهول القدر غير معروف بين الناس لا يجوز فيه السلم، لأنه يؤدي إلى الغرر[1].

أمّا الخلاف فقد وقع بين الفقهاء في الأداة المعتبرة لتقدير المسْلَم فيه.

أولاً: آراء الفقهاء في اعتبار العرف في الأداة:

قال أبو يوسف الحنفي: (المعتبر في جميع الأشياء عرف الناس في زماننا، عرف ذلك بالنص مكيلاً على عهد رسول ﷺ وموزوناً أو لم يعرف)[2].

وقال خليل الجندي (ت 767): (أن يكون معلوم المقدار بعادته من كيل أو وزن أو عدد أو ذرع أو غيره) ثم قال: (فما كانت فيه العادة الكيل فلا ينقل إلى الوزن كالحنطة، وكذلك العكس كالصوف)[3].

يتبين من كلام الشيخ أنه يؤيد القول الذي يقول إنّ الأداة المعتبرة في تقدير المسْلَم فيه هو المعروف عند الناس في تقدير مثله، فما كان معروفا فيه الكيل يعتبر فيه الكيل فلا ينقل إلى غيره وكذلك المقادير الأخرى.

قال أبوبكر المصنف: (الكيل في المكيلات عادة، أو الوزن في الموزونات عادة، أو العدّ في فيما يعدّ عادة، أو الذرع فيما يذرع بالمقياس ذرعا كان أو غيره)[4].

أي أنّ الوزن أو الكيل أو العدّ أو غيرها من المقادير تعتبر ما كان معتبرا ومعروفا عند الناس ولم يتطرق إلى مسألة تغير ما جرى العرف بها إلى غيرها من المقادير.

---

(1) ينظر: الإشراف: 593/2.

(2) المحيط البرهاني: 75/7.

(3) التوضيح، 42/6.

(4) الوضوح: 239/4.

ثانياً: مذاهب الفقهاء في الأداة المعتبرة في تقدير المسلَم فيه:

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: اعتبار المنصوص عليه في العقد، وإن خالف العرف والعادة والنص، وهو مذهب الشافعية[1]، ورواية عند الحنابلة[2].

وعللوا ذلك بأنّ الكيل في الموزون أو عكسه يفي الغرض، وينفي الجهالة عن المسْلَم فيه، ولأنّ الغرض هو معرفة المسْلَم فيه وإمكان تسليمه من غير نزاع وباتفاق من الطرفين، فبأي شيء قدّر جاز[3].

المذهب الثاني: اعتبار المنصوص عليه شرعاً دون العادة، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحبه الحسن[4]، ووجه عند الشافعية[5]، وهو المختار من مذهب الحنابلة[6].

وعللوا ذلك بأن المسْلَم فيه مبيع يشترط فيه معرفة قدره، فلم يجز بغير ما هو مبين ومقدّر به في النص قياساً على الربويات[7].

المذهب الثالث: اعتبار عادة الناس في تقدير مثله دون النص، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية وعليه الفتوى[8]، وهو المذهب عند المالكية[9].

---

(1) البيان: 410/5، روضة الطالبين: 14/4.

(2) الكافي في فقه الإمام أحمد: 64/2، الشرح الكبير على متن المقنع: 325/4.

(3) الشرح الكبير على متن المقنع: 325/4.

(4) البحر الرائق: 196/6.

(5) روضة الطالبين: 14/4.

(6) المبدع: 180/4، الإنصاف: 96/5.

(7) المبدع، 1997: 180/4.

(8) ينظر: المحيط البرهاني: 75/7، والبحر الرائق: 196/6، ورد المحتار: 177/5.

(9) التوضيح: 42/6، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 207/3.

وعللوا: أنّ ما كانت فيه العادة الكيل فلا ينقل إلى الوزن، لأنّ الواجب هو اتباع عرف الناس، وإلا يؤدي إلى الجهالة في المُسْلَم فيه[1].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول في جواز تقدير المُسْلَم فيه بأي مقدار مضبوط معلوم للمتعاقدين، لأنّ المقادير قد تغيرت لكن الثابت الذي لم يتغير هو الغرض منها وهو العلم بالمُسْلَم فيه قدرا، فالأصل في تقديره هو ما ثبت في العقد، وهو مقدّم على العرف، وإلّا يكون المرجع هو العرف السائد، والله أعلم.

المسألة الثانية: العرف ومعلومية الصفة:

اتفق الفقهاء على أنّ المُسْلَم فيه لا بدّ أن يكون معلوم الصفة، ومبين الجنس والنوع والجودة والرداءة وإلا فسد عقد السلم، وهذه الأوصاف لا بدّ أن تكون متعارفاً عليها عند الناس[2].

أما عند عدم تعيين المُسْلَم فيه من حيث الجودة والرداءة فعند الإطلاق هل يُحمل على المتعارف عليه أم لا ؟

أولاً: آراء الفقهاء في هذه المسالة:

قال ابن حجر الهيتمي (ت 974): (ولا يشترط ذكر الجودة والرداءة فيما يسلم فيه في الأصح، ويحمل مطلقه منهما على الجيد للعرف)[3].

يتبين من قول الشيخ أن صفة الجودة والرداءة لا يشترط ذكرها في العقد، وأنّ المطلق يحمل على الجيد اتباعا لأعراف الناس وعاداتهم في حمل مطلقه على الجيد دون الرديء.

---

(1) التوضيح: 42/6.

(2) الإشراف: 594/2.

(3) تحفة المحتاج: 30/5.

ثانياً: مذاهب الفقهاء في ذكر صفة الجودة في عقد السلم:

اختلف الفقهاء فيما إذا لم تُذكر صفة الجودة أو الرداءة في المُسْلَم فيه هل يُحمل على الجيد أم لا ؟ على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يشترط ذكر الجيد والرديء في العقد وإلا فسد العقد، وهو ما ذهب إليه الحنفية[1]، ووجه عند الشافعية[2]، وإليه ذهب الحنابلة[3].

وعللوا بأنّ الجودة والرداءة من الأشياء التي تختلف بها الأثمان، وعند عدم ذكرها يؤدي إلى التنازع والاختلاف[4].

المذهب الثاني: عند الإطلاق يُحمل المطلق على الغالب عند أكثر أهل البلد، وإلا فعلى المتوسط بين الجيد والرديء، وهو مذهب المالكية[5].

وعللوا بأنه إذا أطلق القول فإنه يُحمل على ما يغلب وجوده عند الأكثرية من أهل البلد، وإن لم يُعلم الغالب، فإنه حينئذٍ يحمل على المتوسط بين الجيد والرديء[6].

المذهب الثالث: لا يشترط ذكر الجودة والرداءة في العقد، وعند الإطلاق يُحمل على الجيد، وهو الأصح من مذهب الشافعية[7].

واحتجوا بالعرف فإنّ الإطلاق يحمل على الجيد اتباعا لعرف الناس[8].

---

(1) بدائع الصنائع: 207/5.

(2) روضة الطالبين: 28/4.

(3) المغني: 392/6.

(4) المهذب: 170/3.

(5) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 210/3، منح الجليل: 369/5- 370.

(6) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 210/3.

(7) روضة الطالبين: 28/4.

(8) ينظر: تحفة المحتاج: 30/5 ومغني المحتاج: 25/3.

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول القائلون باشتراط ذكر صفة الجودة والرداءة في العقد وإلا أدى إلى التنازع والاختلاف، فالتفصيل مطلوب لأنّ الجيد درجات وكذلك الرديء، لكن عند الإطلاق يُحمل على الجيد، عملاً بعرف الناس وعاداتهم، والله أعلم.

المطلب الثاني: الربا

أولاً: مفهوم الربا:

1.الربا لغة: هو الزيادة والنماء والعُلُوّ، ربا الشيء يربو: إذا زاد[1].

2.الربا اصطلاحاً: تباينت عبارات الفقهاء في تعريف الربا وذلك على النحو الآتي:

عرّفه الحنفية بأنّه: (فضل مالٍ بلا عوض في معاوضة مال بمال)[2].

وعرّفه المالكية بأنه: (كل زيادة لم يقابلها عوض)[3].

وعرّفه الشافعية بأنّه: (عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع، أو مع تأخير البدلين أو أحدهما)[4].

وعرّفه الحنابلة بأنه: (الزيادة في شيء مخصوص)[5].

تبين من هذه التعريفات ما يأتي:

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 483/2، مختار الصحاح: 231.

(2) البحر الرائق: 135/6.

(3) أحكام القرآن: 272/1.

(4) مغني المحتاج: 363/2.

(5) المبدع: 124/4.

1. أنّ للتعريف الشرعي صلة بالتعريف اللغوي كما عرف بأنه الزيادة والفضل.

2. مطلق الزيادة ليس حراما، بل الحرام فيه ما كان بلا عوض، كما هو مبين من تعريفي الحنفية والمالكية، بخلاف الحنابلة الذين عرّفوه بالزيادة.

3. أنّ تعريف الشافعية للربا شاملٌ لنوعيه وهما ربا الفضل وربا النسيئة وهذا التعريف هو المختار لأنّه تعريف جامع شامل، والله أعلم.

ثانياً: أنواع الربا:

اتفق الفقهاء على أنّ الربا الذي حرّمه الله نوعان: ربا الفضل وربا النسيئة[1].

1. ربا الفضل: هو (بيع شيء من الأموال الربوية بجنسه متفاضلاً)[2].

أي هو بيع مالٍ ربوي بجنسه حالاً ومتفاضلاً، أي بزيادة أحد العوضين، كبيع دينارٍ بدينارين نقداً، أو بيع صاعٍ من تمرٍ بصاعين منه حالاً[3].

2. ربا النسيئة هو (الزيادة المشروطة مقابل الأجل)[4].

أي هو بيع مال ربوي بجنسه، وذلك بتأخير أحد البدلين[5].

ثالثاً: أدلة حرمة الربا:

الربا محرّم بالكتاب والسنة والإجماع.

---

(1) إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 419/1.

(2) معجم لغة الفقهاء: 218.

(3) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 222.

(4) معجم لغة الفقهاء: 218.

(5) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 223.

1. الكتاب العزيز: قول الله ﷻ: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 257].

2. السنة النبوية: روى جابر بن عبدالله رضي الله عنهما: ((لَعَنَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آكِلَ الرِّبَا، وَمُؤْكِلَهُ، وَكَاتِبَهُ، وَشَاهِدَيْهِ))، وقال: ((هُمْ سَوَاءٌ))[1].

وجه الدلالة: هذا الحديث نص صريح على حرمة الربا، وفيه تحريم الإعانة على الباطل[2].

3. الإجماع: فقد اتفق المسلمون على حرمة الربا[3].

رابعاً: الربا والعرف:

تحرير محل النزاع:

ثبت عن رسول الله ﷺ فيما روى عنه عبادة بن الصامت ﷺ أنه قال: ((إِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَنْهَى عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرِّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرِ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحِ بِالْمِلْحِ، إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ، عَيْنًا بِعَيْنٍ، فَمَنْ زَادَ، أَوِ ازْدَادَ، فَقَدْ أَرْبَى))[4].

اتفق الفقهاء على أنّ المكيلات المنصوص عليها في هذا الحديث وهي (البر، والشعير، والتمر، والملح) لا يجوز بيع بعضها ببعض إلا كيلاً، والموزونات وهما (الذهب والفضة) لا يجوز بيع بعضهما ببعض إلا وزناً، والمعيار الشرعي للمنصوصات الستة هو الكيل في المكيل، والوزن في الموزون أبداً[5].

---

(1) صحيح مسلم: 1219/3، كتاب المساقاة، باب لعن الله آكل الربا ومؤكله، رقم الحديث: 1598.

(2) شرح النووي على مسلم: 28/11.

(3) البحر الرائق: 136/6، الكافي في فقه أهل المدينة: 632/2، المجموع: 391/9، مراتب الإجماع: 89.

(4) صحيح مسلم: 1210/3، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم الحديث: 1587.

(5) إجماع الأئمة الأربعة: 421/1.

وعلى هذا جمهور الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

واحتجّوا بانّ كلّ ما نصّ عليه الشارع على أنه مكيل، فمكيل أبداً، وإن ترك الناس الكيل فيه، وكذلك في الموزون، لأنّ النص أقوى من العرف، والأقوى لا يُترك بالأدنى[5].

وذهب أبو يوسف إلى أنّ المعتبر هو عرف الناس في المنصوص عليه وفي غيره، واختاره ابن الهمام، وابن عابدين من الحنفية[6].

واستدلّوا على ما ذهبوا إليه بأنّ النص على الكيل والوزن في ذاك الوقت كان مما جرى عليه العرف، وأن العرف الذي اعتمد عليه قد تبدّل، فتبدّل الحكم، فلو كانت العادة في ذلك الوقت وزن البر، وكيل الذهب لورد النص على وفقها[7].

فعلى اعتبار العرف فإنّ ما ذهب إليه أبو يوسف هو الراجح، لأنّ الناس في معاملاتهم التجارية يبيعون ويشترون التمر والبرّ والدقيق وزناً[8]، وقد رجّح هذه الرواية من المعاصرين الشيخ أبو سنة، فقال: (وهذه الرواية عن أبي يوسف تنصرها شواهد كثيرة في الفقه، كما تؤيدها روح التشريع)[9].

---

(1) الهداية: 62/3.

(2) لوامع الدرر: 263/8.

(3) المهذب: 69/3.

(4) الكافي في فقه الإمام أحمد: 33/2.

(5) الهداية: 62/3.

(6) الهداية: 62/3، فتح القدير: 15/7، مجموعة رسائل ابن عابدين: 118/2.

(7) فتح القدير: 15/7، مجموعة رسائل ابن عابدين: 118/2.

(8) ينظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء: 63، المدخل الفقهي العام: 910/2، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة: 190.

(9) العرف والعادة في رأي الفقهاء: 63.

ورجحها كذلك الشيخ مصطفى الزرقا فقال: (ورأي أبي يوسف أقوى حجة، وأقوم محجة، رغم انفراده به)[1].

هذا في الأصناف الستة المنصوص عليها، أمّا معيار التساوي فيما غيرها من الأصناف فقد احتجّ الفقهاء فيها بالعرف.

خامساً: احتجاج الفقهاء بالعرف في مقياس الأموال الربوية:

قال المرغيناني: (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس)[2].

وقال ابن الحاجب: (وتعتبر المماثلة بمعيار الشرع فيه من كيل ووزن، فإن لم يكن، فبالعادة العامة)[3].

وقال الشربيني (ت 977): (يراعى فيه عادة بلد البيع حالة البيع؛ لأن الشيء إذا لم يكن محدودا في الشرع ولا في اللغة كان الرجوع فيه إلى عادة الناس)[4].

وقال ابن قدامة (ت 620): (فإن لم يكن له في الشرع حد كان المرجع فيه إلى العرف)[5].

---

(1) المدخل الفقهي العام: 910/2.

(2) الهداية: 62/3.

(3) جامع الأمهات: 346.

(4) مغني المحتاج: 368/2.

(5) المغني: 73/6.

سادساً: مذاهب الفقهاء في مقياس الأموال الربوية:

المذهب الأول: في غير المنصوصات الستة تكون العبرة بالتساوي في كيل أهل الحجاز ووزنهم، وهو مذهب المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3].

وما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن فقد اختلف أصحاب هذا المذهب على قولين:

القول الأول: أنّه يعتبر بأشبه الأشياء به في الحجاز، وهو قول عند الشافعية[4]، ووجه عند الحنابلة[5].

ووجه هذا القول إنّ الحوادث ترد إلى أقرب الأشياء شبهاً بها وهو القياس، وأشبه الأشياء به، والذي ورد به النص هو بالحجاز، فلا يُلتفت إلى عادات غيرهم[6].

القول الثاني: أنّه يعتبر عرف الناس وعاداتهم في الأسواق، وهو مذهب المالكية[7]، والصحيح من مذهب الشافعية[8]، والحنابلة[9].

ووجه هذا القول إنّ الشيء إذا لم يكن محدودًا في الشرع، رجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم، كما قلنا في القبض وإحياء الموات والحرز[10].

---

(1) لوامع الدرر: 263/7.

(2) المهذب: 69/3.

(3) الكافي في فقه الإمام أحمد: 33/2.

(4) المهذب: 69/3، البيان: 194/5.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد: 33/2، الإنصاف: 39/5.

(6) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد: 33/2.

(7) منح الجليل: 24/5.

(8) مغني المحتاج: 368/2.

(9) الإنصاف: 39/5.

(10) البيان: 195/5، الشرح الكبير على متن المقنع: 161/4.

واستدلّ أصحاب المذهب الأول على أنّ المرجع في الكيل والوزن هو عرف أهل الحجاز بما يأتي:

1. السنة القولية: ما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنّ رسول الله ﷺ قال: ((الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَالْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ))[1].

وجه الدلالة: أنّه من الواجب أن يكون التماثل بالمقدار المعهود في زمن رسول الله ﷺ وهو الكيل في المكيل، والوزن في الموزون، وهذا يشير إلى منع تبديل ما كانوا عليه[2].

2. السنة التقريرية: فإنّ رسول الله ﷺ قد اطّلع على ما كان في زمنه من معيار الكيل والوزن وأمره به، فكما أنّ عرف الحجاز ثابت بالسنة القولية، فهو ثابت بالسنة التقريرية أيضاً، ولا عبرة بما خالف السنة[3].

3. المعقول: حيث إنّ العرف الحادث لم يجز أن يكون رافعاً لسالف العادة فوجب أن يكون ما سوى ذلك معتبراً في تماثله بسالف العادة، فالاعتبار يكون بالتماثل فيه وبما هو معهود في زمن الرسول ﷺ كالذهب والفضة والأشياء الأربعة[4].

المذهب الثاني: أنّ ما لم ينص عليه الشارع أنه مكيل أو موزون فهو محمول على عرف الناس وعاداتهم، وهو مذهب الحنفية[5].

---

(1) سنن النسائي: 54/5، كتاب الزكاة، باب كَمِ الصاعُ، رقم الحديث: 2520، سنن أبي داود: 227/5، كتاب البيوع، باب قول النبي ﷺ المكيال مكيال أهل المدينة، رقم الحديث: 3340، وقال ابن الملقن: إسناد الحديث صحيح، تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج: 58/2.

(2) ينظر شرح التلقين: 284/2، والحاوي الكبير: 107/5.

(3) العرف والعادة في رأي الفقهاء: 141.

(4) بحر المذهب: 422/4.

(5) الهداية: 62/3، البناية: 139/1.

واستدلّوا على أنّ المرجع في الكيل والوزن هو عرف الناس عموما بما روي موقوفاً عن ابن مسعود (رضي الله عنه) أنه قال: ((مَا رَآهُ المسلِمُونَ حَسَناً فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ))[1].

وجه الدلالة: أنّ ما لم ينص عليه رسول الله ﷺ فهو محمول على عادات الناس وعرفهم في الأسواق، ولأنّ العرف بمنزلة الإجماع عند غياب النص[2].

وأجيب بأنّ عرف الحجاز في زمن رسول الله ﷺ هو المعتبر، وعليه القياس فيما لم ينص عليه، وهو بمنزلة المنصوص عليه[3].

الترجح:

تبين من خلال عرض الأدلة أنّ ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني هو الراجح، لأنّ ما لم ينص عليه رسول الله ﷺ يكون مرجعه إلى عرف الناس وعاداتهم في بلدانهم وأسواقهم، ولأنّ الأعراف قد تغيرت بما فيها عرف أهل الحجاز، لذا من الصعب إلزام المسلمين بعرف متغير لمنطقة معينة أو بلد معين، والله أعلم.

---

(1) مسند أحمد: 84/6، مسند عبد الله بن مسعود – رضي الله عنه- رقم الحديث: 3600، وقال ابن حجر: (لم أجده مرفوعاً، وقد أخرجه أحمد موقوفاً عن ابن مسعود بإسناد حسن)، الدراية: 187/2.

(2) فتح القدير: 15/7، البناية: 275/8.

(3) البيان: 194/5.

المبحث الرابع: البيــوع

المطلب الأول: بيــع التوليــة

أولاً: مفهوم التولية:

1.التولية لغة: من وَلِيَ يَلِي، ولاءً، ووليته تَوْلِيَةً: جعلته والياً، والتولية في البيع: أن تشتري سلعة بثمن معلوم ثم توليها رجلا آخر بذلك الثمن، وتأتي التولية بمعنى الإقبال، والانصراف والإعراض[1].

2.بيع التولية اصطلاحاً: (تمليك المبيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان)[2].

فالتولية أن يشتري عينًا بثمن، ثم يقول المشتري لغيره: اشتريت هذه السلعة بكذا، وقد وليتُكها أو بعتكها برأس مالها، أو بما اشتريته بها، فإذا قال الآخر: قبلت، لزم البيع[3].

ثانياً: حكم بيع التولية:

ذهب الحنفية[4]، والمالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7]، إلى جواز بيع التولية، وقد نقل ابن حزم الإجماع على جوازه فقال: (واتفقوا أن من أشرك أو ولى على حكم ابتداء البيع فقد أصاب)[8].

---

(1) لسان العرب: 285/15، المصباح المنير: 672/2.

(2) تحفة الفقهاء: 105/2، تبيين الحقائق: 73/4.

(3) البيان: 334/5، كشاف القناع: 229/3.

(4) كنز الدقائق: 427، الدر المختار: 424.

(5) القوانين الفقهية: 210، المختصر الفقهي: 105/6.

(6) البيان: 334/5، مغني المحتاج: 474/2- 475.

(7) الكافي في فقه الإمام أحمد: 57/2، المبدع: 100/4.

(8) مراتب الإجماع: 88.

ثالثاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في جوازبيع التولية:

قال الكاساني (ت 587): (وكذا الناس توارثوا هذه البياعات في سائر الأعصار من غير نكير وذلك إجماع على جوازها)[1].

وقال بدر الدين العيني (ت 855): (بيع المرابحة وبيع التولية جائزان لاستجماع شرائط الجواز ولأن المبيع معلوم والثمن معلوم والناس يعاملون بهما من غير نكير، وتعامل الناس من غير نكير حجة)[2].

ذكر أبوبكر المصنف التولية فقال: (وهذا العقد بيع مشروع قد تعاملها الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا)[3].

أي أنّ بيع التولية من البيوع الجائزة في الفقه الإسلامي، وهو الذي تعامل الناس به في كل عصر ومصر.

---

(1) بدائع الصنائع: 220/5.

(2) البناية: 232/8.

(3) الوضوح: 158/4.

المطلب الثاني: بيـع المرابحـة

أولاً: مفهوم بيع المرابحة:

1. المرابحة لغة: من رَبِحَ رِبْحاً، ورَبِحَ في تجارته: استشفَّ، والرِبْحُ والرَّبَحُ: ما رَبِحَهُ، وتجارة رابحة: يُربَحُ فيها، وأربَحَه على سلعته: أعطاه رِبْحاً، واشترى منه مرابحة: إذا سمي لكل قدر من الثمن ربحا[1].

2. بيع المرابحة اصطلاحاً: (البيع بما اشترى وبزيادة ربح معلوم عليه)[2]، أو (هي البيع بزيادة على الثمنِ الأول)[3]، أي هي بيع السلعة بالثمن الذي اشترى به، مع زيادة نسبة معلومة من الربح[4].

ثانياً: حكم بيع المرابحة:

لبيع المرابحة صورتان:

الأولى: أن يخبر البائع المشتري برأس ماله ويأخذ منه ربحاً، مثل أن يقول: رأس مالي فيه مائة دينار بعتكه بها وربح دينارين أو ثلاثة، وهذه الصورة جائزة وصحيحة بإجماع العلماء[5].

الثانية: أن يقول البائع للمشتري: بعتك برأس مالي أو بما قام عليَّ وربحُ دينار لكلّ عشرة (ده يازده أو ده دوازده)[6]، وهذه الصورة محل اختلاف بين الفقهاء.

---

(1) مختار الصحاح: 229، المصباح المنير: 215/1.

(2) طلبة الطلبة: 111.

(3) التعريفات: 327.

(4) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 408.

(5) بدائع الصنائع: 220/5، المغني: 266/6.

(6) المغني: 266/6.

ثالثاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في بيع المرابحة:

قال الكاساني: (وكذا الناس توارثوا هذه البياعات في سائر الأعصار من غير نكير وذلك إجماع على جوازها)[1].

وقال بدر الدين العيني: (بيع المرابحة وبيع التولية جائزان لاستجماع شرائط الجواز ولأن المبيع معلوم والثمن معلوم والناس يعاملون بهما من غير نكير، وتعامل الناس من غير نكير حجة)[2].

واحتج أبو بكر المصنف بالعرف على جواز الصورة الثانية من بيع المرابحة وقال: (ويجوز بيع المرابحة لإطباق الناس عليه من غير نكير)[3].

رابعاً: مذاهب الفقهاء في بيع المرابحة:

اختلف الفقهاء في الصورة الثانية من بيع المرابحة على أربعة مذاهب:

المذهب الأول: الجواز من غير كراهية وهو مذهب الحنفية[4]، والشافعية[5]، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[6].

واستدلوا بما يأتي:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: [وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ] [البقرة: 275].

وجه الدلالة: دلّ عموم هذه الآية على جواز الصورة الثانية من بيع المرابحة من غير كراهة[7].

---

(1) بدائع الصنائع: 220/5.

(2) البناية: 232/8.

(3) الوضوح: 161/4.

(4) بدائع الصنائع: 220/5.

(5) روضة الطالبين: 528/3.

(6) الكافي في فقه الإمام أحمد: 54/2.

(7) مغني المحتاج: 476/2.

2. العرف: فإنّ الناس قد توارثوا هذه البيوع في سائر الأعصار والأمصار من غير نكير، وذلك إجماع على جوازها[1].

المذهب الثاني: الجواز لكنه خلاف الأولى، وهو مذهب المالكية[2].

وحجتهم كثرة احتياج البائع في هذا البيع إلى البيان[3].

المذهب الثالث: الجواز مع الكراهة، وهو ما ذهب إليه ابن عباس وابن عمر ومسروق وعكرمة والحسن وسعيد بن جبير وعطاء وأحمد[4].

وحجتهم أنّ الذي يدعو إلى الكراهة هو أنّ الثمن مجهول في العقد، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب، وقد ورد عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما أنهما كرها هذا البيع[5].

وأجيب: بأنّ رأس المال معلوم والربح معلوم فصحّ البيع بدون كراهة، كما لو قال البائع: بعتك بمائة وعشرة، وأما ما روي عن ابن عباس وابن عمر ﷺ فيحتمل أنهما كرها ذلك بما فيه من تحمل الأمانة وأدائها[6].

المذهب الرابع: الحرمة، وأنّ العقد باطل، وإليه ذهب إسحاق بن راهويه[7]، والظاهرية[8].

---

(1) بدائع الصنائع: 220/5.

(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 159/3.

(3) المصدر نفسه: 159/3.

(4) ينظر: الإشراف: 95/6، المغني: 266/6.

(5) المغني: 266/6.

(6) البيان: 332/5.

(7) الإشراف: 95/6.

(8) المحلى: 499/7.

وحجتهم أنّ البيع بشرط أن تربحني باطلٌ، لأنه ليس في كتاب الله، فيكون العقد بهذا الشرط باطلاً، فإنه بيع بثمن مجهول[1].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول في جواز المرابحة بدون كراهة، وذلك لما جرى عليه العرف في استعمال هذا البيع، وأن الناس يحتاجون إلى مثل هذا البيع، والله أعلم.

المطلب الثالث: بيــع الوفــاء

أولاً: مفهوم بيع الوفاء:

1. الوفاء لغة: من وفيَ: أي أتمّ وأكمل وكثُر، وهو إتمام العهد وإكمال الشرط، وأوفيتك الشيء: إذا قضيته إياه وافيا، وتوفيتُ الشيء واستوفيته: إذا أخذته كله، وأوفاه حقَّه، إذا أعطاه[2].

2. بيع الوفاء اصطلاحاً: (هو البيع بشرط أنّ البائع متى ردّ الثمن يردّ المشتري إليه المبيع)[3].

---

(1) المصدر نفسه: 499/7.

(2) معجم مقاييس اللغة: 129/6، مختار الصحاح: 731.

(3) مجلة الأحكام العدلية: 30.

وهذا مصطلح خاص بالمذهب الحنفي، وللمذاهب الأخرى مسميات مختلفة لهذا البيع، فعند المالكية يسمى ببيع الثنيا[1]، وعند الشافعية ببيع العهدة[2]، وعند الحنابلة ببيع الأمانة[3].

وصورته: هو أن يبيع شخص لآخر عقاراً، بشرط أن يردّ المشتري المبيع متى ردّ البائع الثمن المتفق عليه[4].

ثانياً: احتجاج الفقهاء بالعرف على جوازبيع الوفاء:

قال ابن نجيم (ت 970): (أنه بيع صحيح باتفاق مشايخ الزمان للعرف)[5].

وقال الحصكفي (ت 1088): (بيع الوفاء: إنه صحيح لحاجة الناس، فراراً من الربا) ثم قال: (والحاصل أنّ المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير باعتباره، فأقول على اعتباره)[6].

أي أنّ الشيخ الحصكفي يستدلّ بالعرف الخاص على جواز بيع الوفاء، وأنه جائز لحاجة الناس إليه، ولاعتبار العرف فيه.

وقال باعلوي (ت: 1320هـ): (بيع العهدة المعروف صحيح جائزٌ تثبت به الحجة شرعاً وعرفاً على قول القائلين به، وقد جرى عليه العمل في غالب جهات المسلمين من زمن قديم)[7].

---

(1) المختصر الفقهي: 313/5.

(2) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 296/4.

(3) كشاف القناع: 149/3.

(4) ينظر: العناية: 236/9، وبغية المسترشدين: ص218.

(5) البحر الرائق: 7/6.

(6) الدر المختار: 450.

(7) بغية المسترشدين: ص218.

ثالثاً: حكم بيع الوفاء:

اختلف الفقهاء في حكم بيع الوفاء على مذهبين:

المذهب الأول: إنّه بيع فاسد، ذهب إليه بعض الحنفية[1]، وهو مذهب المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

واحتجوا بإجماع الفقهاء على أنّ من أقرض واشترط الزيادة فهو حرام وربا[5]، وهذا البيع منه لأنّه سلف جرّ نفعاً فلم يجز، وأنّه هو الربا بعينه لأنه سلف إلى أجل مقابل المنفعة[6].

واحتجوا أيضاً بأنّ في هذا البيع شرط مناف لمقتضى العقد، وهو رد المبيع متى ردّ البائع الثمنَ[7].

المذهب الثاني: إنّه بيع جائز، وهو الراجح من مذهب الحنفية[8]، واختاره متأخرو الشافعية[9].

واستدلوا بما يأتي:

---

(1) العناية: 236/9.

(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 71/3.

(3) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 296/4.

(4) كشاف القناع، : 149/3.

(5) الإشراف: 142/6، مجموع الفتاوى: 107/30.

(6) المختصر الفقهي: 313/5، كشاف القناع: 149/3.

(7) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 296/4.

(8) البحر الرائق: 8/6، ردّ المحتار: 277/5.

(9) ينظر: فتاوى الكردي، ص326، بغية المسترشدين: ص218.

1. العرف: حيث جرى العمل بهذا البيع في غالب جهات المسلمين من زمن قديم، وأقره الحكام والفقهاء، فصار جوازه عرفاً متبعاً[1].

2. الحاجة: احتجوا بالضرورة والحاجة الماسة التي تدعو إلى جواز مثل هذا البيع، وذلك فراراً من الربا[2].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من بطلان هذا البيع، لأنّه لا يتوافر فيه مقاصد البيع، ولوجود الشرط المنافي لعقد البيع، أما العرف فإنه لا يُعوّل إليه لأنه يخالف مقاصد الشريعة التي تقضي بعدم جواز كل قرض جرَّ نفعاً مشروطاً، وهذا البيع منه، والله أعلم.

---

(1) البحر الرائق: 8/6، بغية المسترشدين: ص218.

(2) الدر المختار: 450.

المبحث الخامس: البيــع والشــرط

أولاً: مفهوم الشرط:

1.الشرط لغة: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، والشَرَطُ: العلامة، والجمع أشراط[1].

2.الشرط اصطلاحاً: (ما يوضع ليلتزم في البيع أو نحوه)[2]، أو هو (ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدم لذاته)[3].

والمراد به: إلزام أحد المتعاقدين الآخرَ بسبب العقد بشيء له فيه منفعة، وغرض صحيح[4].

ثانياً: البيع مع الشرط:

تنقسم الشروط في البيع إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: وهي الشروط التي اتفق الفقهاء على جواز وجودها في العقد، وهي أن يكون الشرط من مقتضى العقد، كاشتراط تسليم المبيع، أو اشتراط خيار المجلس، أو أن يكون الشرط من مصلحة العاقدين، كاشتراط الأجل أو الرهن[5].

---

(1) المصباح المنير: 309/1، القاموس المحيط: 677.

(2) معجم لغة الفقهاء: 260.

(3) الذخيرة: 69/1، مغني المحتاج: 396/1.

(4) كشاف القناع: 188/3.

(5) المجموع: 364/9، المغني: 323/6.

القسم الثاني: الشروط التي اتفق الفقهاء على بطلان وجودها في العقد، وهي التي تنافي مقتضى العقد، مثل أن يبيع شيئا بشرط أن لا يبيعه، أو أن يقول: بعتك داري بكذا، على أن تبيعني سيارتك بكذا[1].

القسم الثالث: الشروط التي اختلف الفقهاء على جواز وجودها في العقد، وكذلك اختلفوا في صحة العقد عندما يكون الشرط باطلاً، هل يبطل البيع والشرط، أو أنّ البيع صحيح والشرط باطل، وليس هنا موضع مناقشة أدلة المذاهب في هذه الشروط، ولا تفصيل القول فيها[2].

ثالثاً: الشرط والعرف:

مسائل الشروط التي تُبنى على العرف، واحتجاج الفقهاء به فيها ترجع إلى مسألتين، ويكون الحديث عنهما في مطلبين مستقلين:

---

(1) إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 418/2، مجموع الفتاوى: 156/29، موسوعة الإجماع: 375/2-378.

(2) يُنظر: المجموع: 364/9، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 418/2.

المطلب الأول: اشتراط البراءة عن العيوب

أولاً: مفهوم اشتراط البراءة:

البراءة لغة: من بريء يبرأُ وهي التباعد والسلامة من السَّقَم، ومن ذلك البراءة من العيب والمكروه[1].

القصد من اشتراط البراءة عن العيوب وهو أن يقول المشتري: بعتك هذه السلعة على أني بريء من كل عيب، أو أن يقول: بعتك هذا الدار على أنها كوم تراب[2].

ثانياً: الاحتجاج بالعرف في جوازاشتراط البراءة عن العيوب:

احتجّ أبو بكر المصنف بالعرف في جواز اشتراط البراءة عن العيب فقال: (ويستثنى عن هذا النهي، أي النهي عن بيع وشرط مما يتناوله الإطلاق صور منها)، وذكر شرط (البراءة عن العيوب، استثناه الإجماع اتباعاً للعرف)[3].

ثالثاً: حكم اشتراط البراءة عن العيوب:

اختلف الفقهاء في جواز البيع بشرط البراءة من كل عيب على ثلاثة مذاهب:

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 236/1، مختار الصحاح: 45.

(2) رد المحتار: 42/5.

(3) الوضوح: 67/4.

المذهب الأول: الشرط صحيح والبائع يبرأ من كل عيب، وإن لم يسمه، علم البائع بالعيب أم لم يعلم، وهو مذهب الحنفية[1]، وهو قول لمالك[2]، والشافعي[3]، ورواية عن أحمد[4].

واستدلّوا بما يأتي:

1. السنة النبوية: عن عمر بن عوف المزني[5]عن أبيه عن جده أنّ رسول الله ﷺ قال: ((المُسْلِمُوْنَ عَلى شُرُوطِهِمْ))[6].

وجه الدلالة: أنّ الحديث دليل على جواز الشرط في البيع، وأنّ من اشترط شرطاً في بيعه يجب الوفاء به[7].

وأجيب: بأنّ المسلمين على شروطهم في الشروط التي نص الله سبحانه وتعالى على جوازها أو ورد أباحتها عن رسوله ﷺ، أمّا الشروط التي لم يبحها الله سبحانه وتعالى ولا

---

(1) بدائع الصنائع: 172/5.

(2) المختصر الفقهي: 432/5.

(3) المهذب: 131/3.

(4) المبدع: 60/4.

(5) عمرو بن عوف بن زيد بن مليحة بن عمرو، أبو عبد الله، المزني، صحابي جليل، كان قديم الإسلام، روى عن النبي ﷺ وكان أحد البكائين الذين قال الله تعالى فيهم: [تولوا وأعينهم تفيض من الدمع] [التوبة: 92] توفي في خلافة معاوية ﷺ، ينظر: أسد الغابة: 247/4، الإصابة:552/4.

(6) صحيح البخاري معلقاً بصيغة الجزم: 92/3، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، وسنن أبي داود: 446/5، كتاب الأقضية، باب في الصلح، رقم الحديث: 3594، سنن الترمذي: 626/3، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم الحديث: 1352، وقال: حديث حسن صحيح، وهو كذلك. ينظر: المجموع: 376/9، وبلوغ المرام: 334/1.

(7) المبسوط: 92/13.

رسوله ﷺ فلا يجوز الوفاء بها[1]، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنّ رسول الله ﷺ قال: ((مَا بَالُ أُنَاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنِ اشْتَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ، شَرْطُ اللَّهِ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ))[2]. ففي الحديث دلالة على عدم الوفاء بالشروط المنافية للعقد.

- عن أم سلمة رضي الله عنها أنّ رجلين من الأنصار اختصما إلى النبي ﷺ في مواريث قد درست[3]، فقال لهما الرسول ﷺ: ((استهما[4] وأوجبا الحقّ، وليحلل كل واحد منكما صاحبه))[5].

وجه الدلالة: أنّ الحديث دليل على جواز الإبراء عن الحقوق المجهولة[6].

وأجيب: بأنّ البيع لا يصح مع الجهالة، لأنّ المشتري لا يعلم كم ينقص العيب من قيمة المبيع، وهذا يؤدي إلى الغرر المنهي عنه في البيوع[7].

ورُدَّ بأنّ الجهالة لا تمنع صحة التمليك إن لم تؤدِ إلى المنازعة، كما إذا باع صاعاً من هذه الصبرة، والجهالة في البراءة من العيوب لا تؤدي إلى المنازعة فكان جائزاً[8].

---

(1) المحلى: 543/7.

(2) متفق عليه: صحيح البخاري: 71/3، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، رقم الحديث: 2155، وصحيح مسلم: 1141/2، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم الحديث: 1504.

(3) درست: عفيت، وتركت، ومضى عليها مدة، ينظر: معجم مقاييس اللغة: 103/1.

(4) استهما: اقترعا والاسهام الاقتراع، ينظر: معالم السنن: 164/4.

(5) سنن أبي داود: 438/5، كتاب الأقضية، باب قضاء القاضي إذا أخطأ، رقم الحديث: 3584، مسند أحمد: 308/44، مسند النساء، حديث أم سلمة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ، رقم الحديث: 26717، والحديث صحيح، ينظر: نخب الفكر: 488/14.

(6) بدائع الصنائع: 172/5.

(7) البيان: 327/5.

(8) بدائع الصنائع: 173/5.

المذهب الثاني: الشرط باطل، والبائع لا يبرأ به من العيوب، وإليه ذهب الشافعي في قول[1]، وهو مذهب الحنابلة[2]، والظاهرية[3].

استدلّ أصحاب هذا المذهب بما يأتي:

1. السنة النبوية: عن أبي هريرة ﷺ: ((أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ عَلَى صُبْرَةِ طَعَامٍ فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهَا، فَنَالَتْ أَصَابِعُهُ بَلَلًا فَقَالَ: ((مَا هَذَا يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ؟)) قَالَ أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ يَا رَسُولَ اللهِ، قَالَ: ((أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ كَيْ يَرَاهُ النَّاسُ، مَنْ غَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي))[4].

وجه الدلالة: أن البيع انعقد على شرط ليس في كتاب الله سبحانه وتعالى فهو باطل، ولأنه مبني على الخداع والغش والكذب[5].

2. المعقول: لأنّ الخيار يثبت بالعيب بعد العقد، فلا يسقط قبله قياساً على الشفعة، أو لأنه شرط يرتفق به أحد العاقدين، فلا يثبت مع الجهل، كالأجل المجهول[6].

المذهب الثالث: الشرط باطل، والبائع لا يبرأ إلا من العيب الباطن الذي لم يعلمه في الحيوان، أما العيب الظاهر والباطن الذي علمه فلا يبرأ، وهو القول المشهور عند المالكية[7]، وأصح الأقوال عند الشافعية[8].

---

(1) المهذب: 131/3.

(2) الإنصاف: 359/4.

(3) المحلى: 539/7.

(4) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: ((من غشنا فليس منا))، رقم الحديث: 102.

(5) المحلى: 539/7.

(6) المبدع: 59/4.

(7) التوضيح: 450/5.

(8) البيان: 327/5.

واستدلّوا بالسنة النبوية: وذلك ماروي أنّ عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، باع غلاما له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء، لم يسمه، فاختصما إلى عثمان بن عفان ﷺ، فقال الرجل: باعني عبدا وبه داء لم يسمه لي، فقال عبد الله بن عمر: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر باليمين أن يحلف له لقد باعه الغلام وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف له، وارتجع العبد، فباعه عبد الله بن عمر بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم[1].

وجه الدلالة: أن عثمان بن عفان طلب من ابن عمر رضي الله عنهم أن يحلف أنه باعه وما به داء يعلمه، فدلّ البراءة تكون من عيب إذا لم يعلمه، وأما إذا علمه لم تصح البراءة منه، واشتهرت هذه القصة، ولم ينقل عن أحد من الصحابة إنكارها[2].

و أجيب: بأنه كيف لنا تقليد عثمان ﷺ فيما لم يقله عثمان قط، ولا صح عنه، ولا نقلد ابن عمر ﷺ بالنكول وهو صحيح عنه؟[3]

أمّا وجه الشافعية في التبرأة من العيب الذي لم يعلمه البائع في الحيوان فقط دون غيره، لأنّه يتغذى في حال الصحة والسقم، وتحول طبائعه، وقلّما تجد حيوانا يبرأ من كل عيب، فدعت الحاجة إلى البراءة من العيب الباطن فيه دون الظاهر[4].

---

(1) موطأ الإمام مالك: 613/2، كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق، رقم الحديث: 4، السنن الكبرى للبيهقي: 536/5، كتاب البيوع، باب بيع البراءة، رقم الحديث: 10787، وقال ابن الملقن: هذا الأثر صحيح، البدر المنير: 558/6.

(2) البيان: 327/5.

(3) المحلى: 540/7.

(4) المهذب: 132/3.

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ البائع إذا اشترط البراءة فإنّه يبرأ من كلّ عيب لم يعلمه، أمّا العيب المعلوم للبائع دون المشتري فإنّ البائع لا يبرأ منه وإن اشترط البراءة، لأنّ المسلم أمين في تعامله مع الناس فلا بدّ له أن يظهر أمانته وصدقه، وإخفاء العيوب يعتبر من الخيانة والغش والتدليس، والله أعلم.

المطلب الثاني: اشتراط الصيانة

أولاً: مفهوم الصيانة:

1.الصيانة لغة: من صانه صوناً وصِياناً وصيانةً، فهو مَصون، بمعنى الحفظ[1].

2. الصيانة اصطلاحاً: مصطلح الصيانة في عقود البيع لم يكن معروفاً عند الفقهاء القدامى، لأنه من العقود المستحدثة[2]، وفيما يأتي تعريف بعض الفقهاء المعاصرين لعقد الصيانة:

- (مجموعة من الأعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها، لأداء الأعمال المراد منها)[3].

- وجاء تعريفه في مجلة الفقه الإسلامي بأنه: (عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر من إصلاحات دورية أو طارئة لمدة معلومة في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده أو بالعمل والمواد)[4].

---

(1) مختار الصحاح: 374، القاموس المحيط: 1261.

(2) مجلة الفقه الإسلامي، 1998، العدد 11، ص 448.

(3) معجم لغة الفقهاء: 279.

(4) سنة: 1998، العدد 11، ص 448.

- وعرفه أحمد الحجي: (عقد معاوضة بين اثنين يقال للأول منهما: الصائن، وللثاني: المصون له، يقدم الصائن عملاً يتفق عليه وتحدد أوصافه وزمانه فيه، موضوعه جعل آلة معينة أو عقار معين أو غير ذلك للمصون له، يستمر سليماً منتجا لمنافعه المعتادة، وذلك عن طريق مراقبته دوريا وإصلاحه عند التعيب، بمقابل بدل معين من المال، يدفعه المصون له للصائن في أول العقد دفعة واحدة، أو على أقساط يتفق على مقدارها وزمانها في العقد)[1].

يتبين من التعريفات السابقة لعقد الصيانة أنها مختلفة في عباراتها إلا إنها متفقة من حيث المضمون، حيث تدور حول ضمان البائع للمشتري استمرار سلامة المبيع والمحافظة عليه، وحمايته من التلف والتوقف، وإصلاحه أو تبديله عند حدوث ذلك، فالتعريف المختار هو الوارد في مجلة الفقه الإسلامي، لأنه يبين المعنى الحقيقي لعقد الصيانة، وبيان إصلاح العيوب الطارئة أو الدورية، وقد اشتمل على الصور المتعددة لعقود الصيانة، أما التعريف الأول فهو بيان لمصطلح الصيانة دون التعرض لما يترتب على الصائن والمصون له، والتعريف الأخير هو شرح لعقد الصيانة وبيان الشروط التي يجب توافرها فيه، والله أعلم.

ثانياً: احتجاج الفقهاء بالعرف في جوازاشتراط الصيانة في عقد البيع:

قال أحمد الحجي: (فإنّ اشتراط الصيانة في عقد البيع للآلة وما إليها شرط فاسد في الأصل، وهو مؤثر في البيع، لأنه مؤدٍ للنزاع غالبا، إلا إنه لجريان العرف به في أكثر بلدان المسلمين، ولقول الحنبلية بجواز هذا الشرط إذا لم يثبت عن الشرع نص بالمنع منه، أو كان مخالفاً لمقتضى العقد)[2].

---

(1) بحوث وفتاوى فقهية معاصرة: 264/2.

(2) بحوث وفتاوى فقهية معاصرة: 268/2.

ويتبين أنّ اشتراط الصيانة في عقد البيع جائز عند الشيخ، وذلك لتعارف الناس على مثل هذه الشروط، وعدم مخالفتها لمقتضى العقد.

ثالثاً: حكم عقد الصيانة في الفقه الإسلامي:

بما أن عقد الصيانة عقد مستحدث، وهو عقد مستقل منفرد عن العقود الأخرى كالجعالة أو الإجارة أو الاستصناع أو المقاولة، وإن كان بينه وبينها تشابه أو تداخل في بعض صوره إلا إنه يبقى عقد الصيانة عقدا مستقلاً[1].

أما عن حكمه فإنّ هذا النوع من العقود لم يكن معروفا عند الفقهاء القدامى، إلا إنّ المعاصرين اتفقوا على مشروعيته وجواز اشتراطه في عقد البيع، فقد جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الحادية عشرة بالمنامة في 25-30رجب-1419هـ بأنّ هذا العقد اجتمع فيه بيع وشرط، وهو عقد جائز مع تقديم المواد أم لا[2].

واستدلوا على جوازه بما يأتي:

1. القرآن الكريم:

قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

وجه الدلالة: أنّ عقد الصيانة عقد شرعي كسائر العقود، ومشتمل على الإيجاب والقبول، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة:1]، لذا يجب الوفاء بعقد الصيانة كسائر العقود الشرعية[3].

2. السنة النبوية:

---

(1) مجلة الفقه الإسلامي، 1998، العدد 11، ص 448.

(2) ينظر: مجلة الفقه الإسلامي، 1998م، العدد: 11، ص 448، وعقود الصيانة: 135.

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1998م، العدد: 11، ص 360.

روى عمر بن عوف المزني عن أبيه عن جده أنّ رسول الله ﷺ قال: ((الصُلحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسلمِينَ إلا صُلْحَاً حَرَّمَ حَلالاً أو أَحَلّ حَرامَاً، والمُسلِمُونَ عَلى شرُوطِهِمْ، إلا شَرْطاً حَرَّمَ حَلالاً أو أَحَلّ حَرامَاً))[1].

وجه الدلالة: أنّه يقضي على المسلم وجوب الوفاء بكل شرط ورد في العقد إلا ما خُصّ بدليل، لأنّ المسلمين على شروطهم[2].

3. العرف:

حيث جرى العرف في أكثر البلدان على العمل بالصيانة في العقود، وأنه من العقود الجائزة[3].

4. المعقول:

بأنّه عقد يتوفر فيه أركان وشروط العقود الصحيحة، وأنه جاء موافقا لقواعد المعاملات المالية الشرعية، وأنه يخلو من المحاذير الشرعية كالربا أو الغرر أو الجهالة المؤدية إلى النزاع والخلاف، وهذا مما يجعل عقد الصيانة عقداً صحيحاً ومعتبراً شرعاً[4].

والخلاصة أنّ عقد الصيانة عقد مستجد ومستقل، وهو عقد جائز ومشروع، لأنّه يندرج تحت القواعد الشرعية، ويراعى فيه مقاصد الشريعة في تحقيق مصالح الطرفين، وأنه عقد معلوم لا يؤدي إلى المنازعة والشجار، والله أعلم.

---

(1) صحيح البخاري معلقاً بصيغة الجزم: 92/3، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، وسنن أبي داود: 446/5، كتاب الأقضية، باب في الصلح، رقم الحديث: 3594، سنن الترمذي: 626/3، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم الحديث: 1352، وقال: حديث حسن صحيح، وهو كذلك، ينظر: المجموع: 376/9، وبلوغ المرام: 334/1.

(2) بدائع الصنائع: 259/5.

(3) بحوث وفتاوى فقهية معاصرة: 264/2.

(4) عقود الصيانة: 139.

المبحث السادس: الإجـارة

مفهوم الإجارة ومشروعيتها

أولاً: مفهوم الإجارة:

1.الإجارة لغة: من أجَرَ يأجِرُ، وهو ما أعطيت من أجر في عمل، والأجر: هو الثواب والجزاء على العمل، والأُجْرَةُ: الكِراء، وأجرته الدار: أي أكريتها، والأجرة والإجارة والأُجارة: ما أعطيت من أجْر[1].

2.الإجارة اصطلاحاً: اختلفت ألفاظ الفقهاء وعباراتهم في تعريف الإجارة، واتفقت في المعنى، وكلها تدور حول تمليك المنافع مقابل عوض معلوم[2]، لذا يمكن تعريفها بأنها: (عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض)[3].

ثانياً: مشروعية الإجارة:

دلّ على مشروعية الإجارة الكتاب والسنة والإجماع وهي كالآتي:

1. الكتاب العزيز: قول الله ﷻ: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ * قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِن شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾ [القصص: 26- 27].

---

(1) مختار الصحاح: 6، لسان العرب: 58/1.

(2) بدائع الصنائع: 47/6، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 47/6، الحاوي الكبير: 395/7، المبدع: 406/4.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية: 50/37.

وجه الدلالة: هذا شرع من قبلنا، فيكون شرعاً لنا إذا لم يُنسخ، ولم يرد نسخه ولا إبطاله، لذا علينا اتباعه على أنه من شريعتنا لا على أنه شريعة من قبلنا[1].

2. السنة النبوية: عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أنّ رسول الله ﷺ قال: ((أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ))[2].

3. الإجماع: أجمع الفقهاء على مشروعية الإجارة[3].

ثالثاً: أركان الإجارة:

أركان عقد الإجارة عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، هي:

1. العاقدان: (المؤَجِر والمستأجِر).
2. الصيغة: (الإيجاب والقبول).
3. الأجرة: العوض الذي يدفعه المستأجِر للمؤَجِر مقابل المنفعة.
4. المنفعة: وهي انتفاع المستأجِر من العين المؤَجَّرة[4].

أما الحنفية فللإجارة عندهم ركن واحد وهو الصيغة أي: (الإيجاب والقبول)[5].

---

(1) بدائع الصنائع: 173/4.

(2) سنن ابن ماجه: 511/3، الرهون، باب أجر الأجير، رقم الحديث: 2443، وقال البوصيري: الحديث حسن، مصباح الزجاجة: 75/3

(3) الإشراف: 286/6، الإقناع في مسائل الإجماع: 159/2، البحر الرائق: 3/8.

(4) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 2/4، وروضة الطالبين: 173/5، والمبدع: 407/4.

(5) بدائع الصنائع: 174/4.

رابعاً: العرف وعقد الإجارة:

المسائل الفقهية المبنية على العرف في عقد الإجارة كثيرة، وجميعها تتعلق بأركان الإجارة، ويكون الحديث عنها بمطلب مستقل لكل ركن من أركان الإجارة وفق منهب الجمهور.

المطلب الأول: العـرف والعاقـدان

العاقدان وهما المؤجِر والمستأجِر، فإنّه يقع على كل منهما التزامات وواجبات، ويبنى كثير منها على العرف، قال القره داغي: (للعرف في تحديد التزامات المؤجِر والمستأجِر دور كبير)[1]، وعلى هذا فإنّ ما احتجّ الفقهاء بالعرف من التزامات المؤجر والمستأجر مسألتان:

المسألة الأولى: انتفاع المستأجربالعين المؤجَرة.

يحقّ للمستأجر أن ينتفع بالعين المؤجَّرة وفق الشروط المتفق عليها بين الطرفين، أمّا عند إطلاق العقد وعند غياب الشروط في العقد، فإنّ المستأجر ينتفع بالعين المؤجَّرة حسب العرف السائد، وهذا ما اتفق عليه فقهاء المذاهب الإسلامية[2].

احتجاج الفقهاء بالعرف في هذه المسألة:

- قال الكاساني: (مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد)[3].

- وقال القاضي عبدالوهاب (ت 422): (الإجارة جائزة وهي معاوضة على منافع الأعيان ولا تصح إلا أن تكون المنافع المعقود عليها معلومة وللعلم بها طريقا: أحدهما:

---

(1) بحوث في فقه البنوك: 320/1.

(2) ينظر: بدائع الصنائع: 183/4، والتلقين: 158/2، والمهذب: 538/3، وكشاف القناع: 562/3.

(3) بدائع الصنائع: 183/4.

أن يكون جنسـها معلوماً كركوب الدابة وبناء الحائط وما أشـبه ذلك. والآخر: أن يكون جنسها غير معلوم فيعلم بالعرف)[1].

- وسـئل ابن الصـلاح (ت 643) عن انتفاع الرجل بالعين المؤجَّرة، فأجاب: (ليس له الانتفاع بذلك إلا على الوجه المعتاد)[2].

- وقال ابن تيمية: (فإن الإجارة المطلقة تحمل على المنفعة المعتادة، فإذا كانت المنفعة تتناول بذلك تناولته الإجارة المطلقة فما تناوله لفظ الإجارة أو العرف المعتاد كان للمستأجر)[3].

- وقال القره داغي: (أن يستعمل العين المؤجَّرة حسب الشروط المتفق عليها بين الطرفين إن وجدت، وإلا حسب العرف، أي العرف المتبع في استعمال تلك العين المؤجَّرة)[4].

والخلاصة أنّ العرف هو المرجع في بيان المنفعة عند فقدان الشروط، أو أنه قد لا يحتاج العقد إلى ذكر الشروط، لأنّ العين المؤجرة معلومة المنفعة التي يريد بها المستأجر، وأنها معلومة للطرفين، ومتبعة في العرف.

المسألة الثانية: صيانة العين المؤجَّرة.

احتجاج الفقهاء بالعرف في هذه المسألة:

إنّ استعمال العين المؤجَّرة والانتفاع به قد يؤدي إلى إلحاق الضرر أو عطل أو نقص بها، ففي هذه الحالة تحتاج إلى صيانة وإصلاح، وهذه الصيانة تقع على عاتق المؤجِّر،

---

(1) التلقين: 158/2.

(2) فتاوى ابن الصلاح: 329.

(3) مجموع الفتاوى: 248/30.

(4) بحوث في فقه البنوك الإسلامية: 390/1.

لأنّه المسؤول عن سلامة وصيانة العين المؤجَّرة طيلة فترة العقد، ليتمكن المستأجِر الانتفاع بها[1]، وهو المنصوص عليه عند فقهاء المذاهب الإسلامية:

قال الحصكفي: (وعمارة الدار المستأجرة وتطيينها وإصلاح الميزاب[2]، وما كان من البناء على ربّ الدار)[3].

وقال القرافي: (على ربّ الدار كنس المرحاض، وإصلاح الواهي، حتى يتمكن منه المنفعة)[4].

وقال الشربيني (ت: 977هـ): (وليس على المستأجر عمارتها بل هي على المؤجِّر)[5].

وقال البهوتي (ت: 1051هـ): (وعلى المؤجِّر ما يتمكن به مستأجر من نفع، كترميم دار مؤجَّرة بإصلاح منكَسِر، وإقامة مائل من حائط وسقف وبلاط)[6].

والمعيار في مسألة الصيانة هو أنّ كل ما يقوم بتحقيق الهدف من الإجارة فعلى المؤجِّر، وعليه أن يمكِّن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجَّرة، وأن يزيل العقبات التي تعيق انتفاعه بها[7].

والمرجع في معرفة مسؤوليات والتزامات المؤجِّر تجاه العين المؤجَّرة هو العرف والعادة.

قال السرخسي (483): (العرف فإن الناس لم يتعارفوا تكليف المستأجر تنظيف البالوعة إذا خرج من المنزل وقد بينا أن العرف معتبر في الإجارة)[8].

---

(1) عقد الإجارة: 80.

(2) الميزاب: من وَزَبَ الشيءَ يَزِبُ وَزْباً إذا سال، وهو المِثْعَبُ أي مجرى الماء، والجمع: مآزب وميازب، وهو لفظ فارسي معرب، ينظر: لسان العرب: 202/15.

(3) الدر المختار: 586.

(4) الذخيرة: 493/5.

(5) مغني المحتاج، 468/3.

(6) دقائق أولي النهى، 262/2.

(7) بحوث في فقه البنوك الإسلامية: 319/1.

(8) المبسوط: 142/15.

وقال المرداوي (ت 885): (فأما تفريغ البالوعة والكنيف: فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة، بلا نزاع قلت: يتوجه أن يرجع في ذلك إلى العرف)[1].

فأنّ أعمال الصيانة من واجبات المؤَجِّر، وهي الصيانة التي يتوقف عليها استعمال العين المؤَجَّرة، ولا يستمر بدونها، والمرجع في ذلك هو العرف السائد.

أمّا التزامات المستأجر أمام العين المؤَجَّرة فإنّ عليه الصيانة اللازمة لتشغيل المحركات، أو ما يسمى بالصيانة التشغيلية، وهو كل ما يحتاج إليها العمل، وتستهلكه العين المؤَجَّرة، كتبديل الزيت والفلتر والعجلات[2].

والعرف هو المرجع والمعيار في معرفة ما على المستأجِر من التزامات أو ما يقوم به من صيانة العين المؤجَّرة نتيجة الاستعمال والاستهلاك[3].

المطلب الثاني: العرف والصيغة

تعتبر الصيغة إحدى أركان عقد الإجارة عند الجمهور، والركن الوحيد عند الحنفية[4].

والمراد به أن يقول المؤجِّرُ: أكريتك أو آجرتك هذه الدار مدة كذا وكذا، فيجيب المستأجر: قبلت[5].

---

(1) الإنصاف: 58/6.

(2) بحوث في فقه البنوك الإسلامية: 320/1.

(3) ينظر: المبسوط:142/15، وروضة الطالبين: 219/5، وكشاف القناع: 21/4.

(4) بدائع الصنائع: 174/4، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 2/4، روضة الطالبين: 173/5، المبدع: 407/4.

(5) روضة الطالبين: 173/5.

والمسألة التي تبنى على العرف في هذا المطلب هي:

المعاطاة في الإجارة:

والمراد بالمعاطاة في الإجارة: أن يسكن داراً أو شقة أو يدفع المستأجر ثوبه إلى غسّال ليغسله، أو خياط يعمل فيه، أو يركب سيارة أو سفينة أو طيارة دون أن يذكر لفظ الإجارة أو صيغتها[1].

أولاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في جواز الإجارة بالمعاطاة:

قال العراقي: (منع العرف فيها ممنوع، فالذي استقرت أجرته كبيوت الخانات ونحوها يطرد العرف في إجارتها بالمعاطاة من غير صيغة)[2].

ثانياً: مذاهب الفقهاء في حكم المعاطاة في الإجارة:

اختلف الفقهاء في جواز الإجارة بالمعاطاة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: تنعقد الإجارة بالمعاطاة، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[3]، والمالكية[4]، ووجه عند الشافعية، اختاره النووي[5]، وهو الظاهر من مذهب الحنابلة[6].

واستدلوا بالعرف حيث جرت عادات الناس وأعرافهم بدفع الطعام للطباخ ليطبخه بالأجرة، أو دفع الثوب إلى الغسّال ليغسله بالأجرة دون ذكر الصيغة[7].

---

(1) ينظر: مجموع الفتاوى: 6/29.

(2) تحرير الفتاوى: 259/2.

(3) البحر الرائق: 3/8، الدر المختار: 6/6.

(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 517/3.

(5) المجموع: 165/9.

(6) مجموع الفتاوى: 7/29.

(7) مجموع الفتاوى: 7/29.

المذهب الثاني: لا تنعقد الإجارة بالمعاطاة، وهو الأظهر من مذهب الشافعية[1].

وجه هذا المذهب أنّ العرف لم يثبت في الإجارة بالمعاطاة، كما هو ثابت في البيع[2].

وأجيب: بأنّ العرف جارٍ في جواز الإجارة بالمعاطاة من غير صيغة[3].

المذهب الثالث: تنعقد الإجارة القصيرة بالمعاطاة، أما الإجارة الطويلة فلا، وهو قول عند الحنفية[4].

وجه هذا القول: أن الأجرة الطويلة قد تؤدي إلى الجهالة، فالأجرة فيها غير معلومة، بخلاف القصيرة[5].

وأجيب: بأنّ الأجرة إذا كانت معلومة في الإجارة الطويلة تنعقد بالتعاطي كالقصيرة، لأنّ العلة في عدم انعقادها في الطويلة كون الأجرة فيها غير معلومة[6].

الترجيح:

تبين مما سبق أنّ الراجح هو مذهب الجمهور، وذلك لجريان العرف في جواز الإجارة بالمعاطاة، سواء أكانت الإجارة طويلة أم قصيرة، ولأنّ الفعل يقوم مقام القول، والله أعلم.

---

(1) مغني المحتاج: 441/3.

(2) المصدر نفسه: 441/3.

(3) تحرير الفتاوى: 259/2.

(4) البحر الرائق: 297/7، مجمع الأنهر: 396/2.

(5) مجمع الأنهر: 396/2.

(6) الدر المختار: 6/6.

المطلب الثالث: العــرف والأجــرة

الأجرة لغة: أَجَرَ يَأْجُرُ أَجْرًا، الأَجْرُ وَالأُجْرَةُ: الكِراء والثواب والجزاء على العمل، والإجارة ما أعطيت من أجر في عمل[1].

الأجرة اصطلاحاً: هو العرض الذي يدفعه المستأجر للمؤَجِّر في مقابلة المنفعة المتفق عليها، وهو بمنزلة الثمن في مقابلة المبيع[2].

اتفق الفقهاء على أنّ الأجرة يجب أن تكون معلومة للعاقدين[3].

وقد احتجّ الفقهاء بالعرف في مسألتين من المسائل التي تتعلق بالأجرة.

المسألة الأولى: استئجار الأجير بطعامه وكسوته.

أولاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في هذه المسألة:

قال الحصكفي: (والظِئْر: المرضعة بأجر معين لتعامل الناس، بخلاف بقية الحيوانات لعدم التعارف، وكذا بطعامها وكسوتها، ولها الوسط، وهذا عند الإمام، لجريان العادة بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد)[4].

يتبين من أنّ الشيخ الحصكفي يحتجّ بالعرف في جواز استئجار المرضعة بطعامها وكسوتها، دون غيرها.

---

(1) ينظر: معجم مقاييس اللغة: 1/62- 63، والكليات: 48.

(2) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 2/4، والحاوي الكبير: 7/392، ومعجم المصطلحات المالية الاقتصادية: 25.

(3) البناية: 10/226، المغني: 8/14، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي: 2/664.

(4) الدر المختار: 580.

وقال ابن تيمية: (وكل جهالة تنقص على جهالة مهر المثل تكون أحق بالجواز، لا سيما مثل هذا يجوز في الإجارة ونحوها في مذهب أحمد وغيره: إن استأجر الأجير بطعامه وكسوته، ويرجع في ذلك إلى العرف)[1].

وقال ابن مفلح: (إلا أنه يصح أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته) ثم قال (لأن العادة جارية به من غير نكير، فكان كالإجماع)[2] .

يتبين من قولهما أنّه يحتجّ بالعرف في جواز استئجار الأجير بطعامه وكسوته مطلقاً.

ثانياً: مذاهب الفقهاء في حكم استئجار الأجير بطعامه وكسوته.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يجوز استئجار الظئر (المرضعة) بطعامها وكسوتها دون غيرها، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة[3]، وأحمد في رواية[4].

واستدلّوا بما يأتي:

1. القرآن الكريم:

قول الله ﷻ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: 233].

---

(1) مجموع الفتاوى: 165/32.

(2) المبدع: 409/4

(3) المبسوط: 119/15.

(4) المغني: 68/8.

وجه الدلالة: أنّ قول الله ﷻ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ ، أي الأجر على الإرضاع بعد الطلاق، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾، لأنّ الوارث في هذه الآية ليس بزوجٍ[1].

2. الاستحسان والعرف:

حيث إنّ الناس تعارفوا على استئجار الظئر بطعامها وكسوتها، ولأنّهم يعدّون الظئر من أهل بيتهم، ولا تؤدي الجهالة بالطعام والكسوة إلى المنازعة، فهي منفية هنا بخلاف غيرها من الإيجارات[2].

المذهب الثاني: يجوز استئجار الأجير بطعامه وكسوته مطلقاً، ظئراً كانت أو غيرها، وهو ما ذهب إليه المالكية[3]، والحنابلة[4].

واستدلوا بما يأتي:

1. السنة النبوية: عن عتبة بن النُّدَّر (ﷺ) أنه قال: كُنَّا عند رسول اللهِ ﷺ فقرأ ﴿طسم﴾ [القصص: 1]، حَتَّى إذا بلَغ قصَّة موسى قال: (إنَّ مُوسى أجَرَ نفْسَهُ ثَمَانيَ سنين، أوْ عَشْرًا، عَلَى عِفَّةِ فَرْجِهِ وطعامِ بطْنِهِ)[5].

وجه الدلالة: فيه دلالة على جواز استئجار الأجير بطعامه وكسوته، وهو شرع من قبلنا فيكون شرعا لنا ما لم يثبت نسخه[6].

---

(1) المبسوط: 119/15.

(2) المصدر نفسه: 120/15.

(3) بداية المجتهد: 623.

(4) الإنصاف: 12/6.

(5) سنن ابن ماجه: 511/3، الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه، رقم الحديث: 2444، والحديث ضعيف، ينظر: فتح الباري: 562/4.

(6) المغني: 69/8.

2. فعل الصحابي، وذلك ما روي عن أبي هريرة ﷺ أنه قال: (نَشَأْتُ يَتِيمًا، وَهَاجَرْتُ مِسْكِينًا، وَكُنْتُ أَجِيرًا لِابْنَةِ غَزْوَانَ[1] بِطَعَامِ بَطْنِي وَعُقْبَةِ رِجْلِي، أَحْطِبُ لَهُمْ إِذَا نَزَلُوا، وَأَحْدُو لَهُمْ إِذَا رَكِبُوا، فَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ الدِّينَ قِوَامًا، وَجَعَلَ أَبَا هُرَيْرَةَ إِمَامًا)[2].

وجه الدلالة: أنّ الصحابي الجليل أبا هريرة ﷺ فعله، ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً[3].

3. العرف: حيث إنّ العادة جارية في استئجار الأجير بطعامه وكسوته، ظئراً كان أو غيرها، من غير نكير فكان كالإجماع[4].

4. القياس على الظئر المنصوص عليه، والعوض فيه يقوم مقام التسمية[5].

المذهب الثالث: لا يجوز استئجار الأجير بطعامه وكسوته مطلقاً، ظئراً أو غيرها، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[6]، وإليه ذهب الشافعية[7]، وأحمد في رواية[8].

---

(1) بسرة بنت غزوان التي كان أبو هريرة أجيرها ثم تزوجها، هي أخت عتبة بن غزوان المازني الصحابي المشهور، أمير البصرة، وقصة أبي هريرة معها صحيحة، وكانت قد استأجرته في العهد النبوي، ثم تزوجها بعد ذلك لما كان مروان يستخلفه في إمرة المدينة، يُنظر: الإصابة في تمييز الصحابة: 51/8-52.

(2) سنن ابن ماجه: 512/3، الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه، رقم الحديث: 2445، صحيح ابن حبان: 100/16، كتاب مناقب الصحابة ﷺ، ذكر أبي هريرة الدوسي ﷺ، رقم الحديث: 7150، وقال البوصيري: (هذا إسناد صحيح)، مصباح الزجاجة: 76/3.

(3) المغني: 69/8.

(4) المبدع: 409/4.

(5) ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع: 279/14، والمبدع: 409/4.

(6) بدائع الصنائع: 1993/4.

(7) روضة الطالبين: 174/5.

(8) المغني: 69/8.

فقد استدلوا بما روي عن أبي هريرة ﷺ أنّه قال: قال رَسُولِ اللّهِ ﷺ: (ومَنْ استأجرَ أجيراً فليُعلمْهُ)[1].

وجه الدلالة: أنّ من شروط الأجرة أن تكون معلومة، ففي هذه المسألة الأجرة مجهولة، وذلك لجهالة الطعام والكسوة جنساً وصفة ومقداراً، والجهالة في مثل هذه الأحوال تؤدي إلى المنازعة[2].

وأجيب بأنّ هذه الإجارة لا تفضي إلى المنازعة لأنّه عوضٌ عن منفعة، وأنّ للطعام عرفاً نرجع إليه عند المنازعة وهو كسوة الزوجات، وكذلك الإطعام، وهو إطعام الكفارات فلم يضر إطلاقهما، لأن العرف يقوم مقام التسمية، وحينئذٍ تصبح الأجرة معلومة وهو الحدّ الوسط[3].

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني، وهو جواز استئجار الأجير بطعامه وكسوته مطلقا، وذلك لقوة ما استدلوا به، ولجريان العرف في ذلك، وأنّ الجهالة منتفية، فبالعرف نستطيع أن نحدد مقدار الطعام ونوعية الكسوة وهو الحدّ الوسط، وإذا جاز في الظئر جاز في غيرها، وقد كانت العادة جارية إلى النصف الأول من القرن الميلادي الماضي على استئجار الرعاة والفلّاحة بالرزق والكسوة، وكان هذا النوع من الاستئجار منتشراً في بلداننا، فلو كانت هذه العادة غير مشروعة لما سكت عنها العلماء، والله أعلم.

---

(1) السنن الكبرى للبيهقي: 198/6 ، كتاب الإجارة، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة، وتكون الأجرة معلومة، رقم الحديث: 11651 ، والصحيح أنّ هذه الرواية موقوفة على أبي هريرة ﷺ، ولم يثبت رفعها، والآثار شاهدة على صحتها ينظر: نصب الراية: 132/4 ، والدراية: 187/2.

(2) المبسوط: 119/15.

(3) المغني: 69/8.

المسألة الثانية: دفع الأجرة.

المؤجِّر يستحق الأجرة، والمستأجِر يستحق المنفعة المعقود عليها[1]، والذي يتعلق بالعرف في هذه المسألة تعجيل الأجرة أو تأجيلها.

أولاً: الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال ابن الحاجب: (الأجرة وهي كالثمن ولا تتعجل إلا بشرط أو عادة)[2].

وقال القرافي (ت 684): (إذا أراد الصناع أو الأجراء تعجيل الأجرة وخالفتهم حملتها على العادة)[3].

أي يجوز تعجل الأجرة إن جرى التعامل به في العرف، أو اشترط التعجيل في العقد، أما عند عدم وجود العرف والشرط، فإنّ الأجرة لا يجوز تعجيلها.

ثانياً: مذاهب الفقهاء في حكم تعجيل الأجرة:

اتفق الفقهاء على أنّه إذا حصل شرط في العقد يتضمن تأجيل الأجرة أو تعجيلها، فإنّه يجب العمل بالشرط[4]، أمّا إذا أُطلِق العقد، ولم يُشترَط فيه التأجيل ولا التعجيل، فقد اختلف الفقهاء في حقّ المؤجِّر طلب تعجيل الأجرة على مذهبين:

المذهب الأول: لا يملك المؤجِّر طلب تعجيل الأجرة، لأنّ الأجرة لا تُستحَقّ بمجرد العقد، فعند الحنفية تُستحَقّ بثبوت المنفعة[5]، وعند المالكية تُستحَقّ بالعادة أو ما يقارن العقد ما يوجب التقديم[6].

---

(1) البحر الرائق: 6/8، مغني المحتاج: 444/3، المغني: 17/8.

(2) جامع الأمهات: ص434.

(3) الذخيرة: 385/5.

(4) بدائع الصنائع: 203/4، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 4/4، كفاية الأخيار: 401، المغني: 17/8.

(5) البحر الرائق: 6/8.

(6) الذخيرة: 386/5.

واستدلّوا بما يأتي:

1. السنة النبوية: روى عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أنّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قال: ((أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ))[1].

وجه الدلالة: أنّ رسول اللَّهِ ﷺ أمر بالمسارعة إلى أداء الأجر، وجعل أول وجوبه بعد الفراغ من العمل وليس قبله[2].

وأجيب بأنّ الأمر بإعطاء الأجير أجره بعد الفراغ من عمله لا يمنع وجوبه قبله كالصداق، فإنه يجب قبل الاستمتاع، فكذلك الأجرة تجب بمجرد العقد، وقبل الشروع في العمل[3].

2. الاستحسان: حيث إنّ الأجرة بدل منفعة، وأنها تحدث شيئاً فشيئاً، على حسب حدوث الزمان، فيملكها كذلك، فكان يجب على المستأجِر تسليم الأجرة ساعة فساعة، إلا إنّ ذلك متعذر، فوجب مرحلة فمرحلة استحساناً، لأنّه يُعذر فيه[4].

المذهب الثاني: أنّ المؤجِّر يملك طلب تعجيل الأجرة، لأنّه يستحقها بمجرد العقد، وهو مذهب الشافعية[5]، والحنابلة[6].

---

(1) سنن ابن ماجه: 511/3، الرهون، باب أجر الأجير، رقم الحديث: 2443، وقال البوصيري: الحديث حسن لغيره، مصباح الزجاجة: 75/3.

(2) المبسوط: 18/8.

(3) المغني: 18/8.

(4) بدائع الصنائع: 4/201-202.

(5) البيان: 332/7.

(6) المغني: 17/8.

فقد استدلوا بالقياس: وذلك بقياس الإيجار على البيع بجامع أنّ البائع يستحقّ الثمنَ في البيع المطلق، فكذلك المؤجِّر فإنّه يستحقها بالعقد، ولأنّه عقد معاوضة أطلق ذكر المعوض فيه فاستحق العوض بمجرد العقد[1].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، وذلك أنّ المؤجِّر لا يحقّ له طلب تعجيل الأجرة إلا إذا اشترطه في العقد، أو جرى العرف في تعجيله، ولم يثبت العرف في هذه المسألة، فهو مضطرب غير شامل قد يفعله بعض الناس ولا يفعله آخرون، لذا من أراد تعجيل الأجرة فعليه اشتراطه في العقد، والله أعلم.

(1) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 126/6، المغني: 17/8.

المطلب الرابع: العرف والمنفعة

المنفعة ركن من أركان عقد الإجارة، وهي ركنها الرئيس، لأنّ عقد الإجارة يقع على المنفعة دون العين على قول أكثر أهل العلم[1]، ولا خلاف بين الفقهاء على أنّ الإجارة لا تصحّ حتى تكون المنفعة معلومة، والأجرة معلومة[2].

والسبيل إلى معرفة معلومية المنفعة هو إمّا الرؤية أو الوصف أو العرف[3].

احتجاج الفقهاء بالعرف في المنفعة:

وقد اتفق الفقهاء على أنّ العرف من طرق معرفة معلومية المنفعة في عقد الإيجار.

1.مذهب الحنفية:

قال السرخسي (ت: 483هـ): (وعلى المؤاجر أنْ يمكِّن المستأجر بما أجّره على الوجه الذي هو مقصوده، ولأنّ المرجع في هذا إلى العرف)[4].

2. مذهب المالكية:

قال ابن نصر (ت: 422هـ): (إنّ الأعواض في المنافع يقوم العرف فيها مقام الشرط والاسم كنفقة الزوجة، وصفة ركوب الراكب في الإجارة، ولأنّه لما جاز أن تكون المنفعة مجهولة وترجع إلى الوسط، ويتبع في معرفتها العرف، كذلك في الإجارة)[5].

---

(1) المغني: 7/8.

(2) ينظر: البناية: 226/10، والقوانين الفقهية: 212، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج: 130/6، وكشاف القناع: 546/3، و551/3.

(3) العرف حجيته واثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة: 571/2- 572.

(4) المبسوط: 157/5.

(5) المعونة: 1104/1.

3. مذهب الشافعية:

قال الشيرازي (ت: 476هـ): (لا تصحّ الإجارة إلا على إجارة معلومة) ثمّ قال: (ولا يفتقر إلى ذكر السكنى ولا إلى ذكر صفاتها، لأنّ الدار لا تُكترى إلا للسكنى، وذلك معلوم بالعرف، فاستغنى عن ذكرها)[1].

4. مذهب الحنابلة:

قال البهوتي: (ولا تصحّ الإجارة إلا بشروط ثلاثة أحدها: معرفة المنفعة) ثمّ قال: (إمّا بالعرف وهو ما يتعارفه الناس بينهم كسكنى الدار شهرا) ثمّ قال: (كخدمة الآدمي سنة، لأنّ الخدمة معلومة بالعرف فلم تحتج إلى ضبط)[2].

تبين مما تقدّم أنّ المنفعة في الإجارة لابدّ أن تكون معلومة، والعرف من الطرق التي تتوصل به إلى معلومية المنفعة، ولا سيما عند إطلاق العقد، أما عند عدم وجود العرف، أو عند وجود عرف مضطرب فإنّه يتعين بيان نوع المنفعة.

---

(1) المهذب: 520/3، وينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 148/6.

(2) كشاف القناع: 547/3.

المطلب الخامس: بـــدل الخلـــو

أولاً: مفهوم بدل الخلو[1]:

1. البدل لغة: الْبَدَلُ والْبِدْلُ والْبَدِيلُ كلّهَا بمعْنى واحد، والجمعُ أَبْدَالٌ، وهو قيام الشيء مقام الشيء الذاهب، يقال: هذا بدل الشيء وبديله، وبدلت الشيء تبديلاً: غيرته تغييراً[2].

2. الخلو لغة: خلا يخلو خلواً وخلاءً: يدل على تعري الشيء من الشيء، وخلا المكان والشيءَ وأخلى: إذا لم يكن فيه أحد، ولا شيء فيه، وهو المكان الخالي، والفارغ[3].

3. بدل الخلو اصطلاحاً: يعتبر هذا العقد من العقود المستحدثة، فقد عرّفه المعاصرون بعدة تعريفات منها:

الأول: (هو مبلغ من المال يدفعه الشخص نظير تنازل المنتفع بعقار (أرض أو دار أو محل أو حانوت) عن حقه في الانتفاع به)[4].

---

(1) المنتشر عند الفقهاء المعاصرين هو مصطلح بدل الخلو، وله تسميات أخرى منها: 1. السرقفلية: هذا المصطلح شاع وانتشر في العراق و كردستان ويتكون من مقطعين، المقطع الأول (سەر) يعني رأس، والمقطع الثاني (قفلانه) يعني القفل، أي رأس القفل، 2. الفروغ: هذا المصطلح يستخدمه أهل الشام، للدلالة على فراغ العين المستأجرة، 3. الجلسة أو الإنزال: هذا مصطلح أهل المغرب، لأنّ المستأجر يجلس في المحل ويتخذه للسكن والعمل، 4. المفتاح أو الزينة: هذا مصطلح أهل مصر، للدلالة على أنّ المنتفع يستقل بالتصرف في ملكية مفتاح العين المستأجرة، ويضيف إليها الزينة. ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: 67-68، وأحكام السرقفلية، أ. حبيب إدريس المزوري، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 10، عدد 37، 2008: 84.

(2) معجم مقاييس اللغة: 204/2، المصباح المنير: 39/1.

(3) معجم مقاييس اللغة: 204/2، لسان العرب: 148/5.

(4) بدل الخلو، وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جزء 3، عدد 4، 1498هـ- 1988م: 2173.

الثاني: (تنازل المرء عن الحق بعوض)[1].

الثالث: (هو عبارة عن شراء حق القرار والإقامة بها على الدوام والاستمرار، مقابل الأجرة فقط، دون جواز الإخراج منها)[2].

أي أنّ بدل الخلو هو مبلغ نقدي زائد عن الأجرة، يدفعه المستأجِر لمالك العقار، مقابل الانتفاع بالعقار، وقد يأخذه المستأجِر من المالك إذا رغب المالك لسبب ما في إخلاء العقار من المستأجِر، أو تنازل المستأجر من حقه في الانتفاع بالعقار لمستأجِر آخر لكي يحل محله، مقابل مبلغ من المال، وبموافقة المالك مع بقاء الأجرة[3]، فهذا العقد بيع وشراء للمنافع بين المالك والمستأجر الأول، أو بين المستأجر الأول والثاني من ناحية، وإيجار واستئجار بين المالك المؤجِّر والمستأجر الأول، أو بين المستأجر الأول والثاني من ناحية أخرى.

ثانياً: الاحتجاج بالعرف في جواز بدل الخلو:

قال العمادي (ت 1051): (نعم يفتى به فيما دعت إليه الحاجة وجرت به في المدة المديدة العادة، وتعارفه الأعيان بلا نكير كالخلو المتعارف في الحوانيت، وهو أن يجعل الواقف أو المتولي أو المالك على الحانوت قدرا معينا يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكا شرعيا فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك إخراج الساكن الذي له الخلو ولا إجارتها لغيره، ما لم يدفع له المبلغ المرقوم فيفتى بجواز ذلك)[4].

وقال الحصكفي: (والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير باعتباره، فأقول على اعتباره: ينبغي أن يفتى بأن ما يقع في بعض الأسواق من خلو

---

(1) معجم لغة الفقهاء: 200.

(2) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 200.

(3) ينظر: بدل الخلو، محمد سليمان الأشقر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جزء 3، عدد 4، 1498هـ- 1988م: 2181.

(4) رد المحتار: 26/6.

الحوانيت لازم، ويصير الخلو في الحانوت حقا له فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره ولو كانت وقفا، وكذا أقول على اعتبار العرف الخاص قد تعارف الفقهاء النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها فينبغي الجواز، وأنه لو نزل له وقبض منه المبلغ ثم أراد الرجوع لا يملك ذلك)[1].

وقال ابن عليش المالكي: (ويعبرون عن الخلو المذكور بالجلسة، وجرى العرف بها لما رأوه من

المصلحة)[2].

وقال زين العابدين الآمدي: (أن بدل الخلو جائز شرعاً، وقد أفتى العلماء المتأخرون والمعاصرون بشرعيته استناداً للعرف والضرورة)[3].

وقال أيضاً: (وتستند هذه الفتوى إلى الضرورة وتعارف الناس)[4].

تبين مما تقدم أنّ من ذكر من الفقهاء يجيزون بدل الخلو مطلقاً، وأنّه ينبغي اعتبار العرف فيه، وأنّ أخذ بدل الخلو مقابل خلو المحل صار عرفاً متبعا.

ثالثاً: حكم بدل الخلو في الفقه الإسلامي:

بدل الخلو من العقود المستحدثة، لذا لم يتعرض الفقهاء المتقدمون من أصحاب المذاهب الإسلامية لهذه المسالة، وقد ورد حكمه عند المتأخرين، واختلفوا فيه على مذهبين:

---

(1) الدر المختار: 450/1.

(2) منح الجليل: 52/7.

(3) الفتاوى الآمدية: 357/1.

(4) المصدر نفسه: 380/1.

المذهب الأول: أنّ أخذ البدل عن الخلو جائزٌ، وإليه ذهب متأخرو الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنابلة[3].

واستدلوا بما يأتي:

1. القياس: وذلك بالقياس على ما يأتي:

- بيع الوفاء الذي أجازه المتأخرون احتيالا عن الربا، بجامع أنّ كلاً من المشتري والمستأجر ينتفع بالعين مقابل ما دفعه من مالٍ قبل أن يرجع إليه[4].

- التنازل عن الوظائف، فقد جوّز الفقهاء النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها، وأنه لو نزل له وقبض منه المبلغ ثم أراد الرجوع لا يملك ذلك[5].

2. العرف: حيث جرت العادة في أغلب البلدان العمل ببدل الخلو، واتخذه الناس عرفاً لا سيما في هذا العصر، فإنّ من أراد الخروج من المحلّ، أخذ من الذي يحلّ محلّه مالاً على أن ينتفع الآخر بالمحلّ[6].

3. المعقول: حيث إن المنافع عند جمهور الفقهاء يعتبر من الأموال[7]، لذا يجوز عندهم بيع المنافع، إذ العوض فيها مبذول مقابل جزء من المنفعة[8].

المذهب الثاني: عدم جواز أخذ بدل الخلو، وهو مذهب الحنفية[9].

---

(1) الأشباه والنظائر لابن نجيم: 89، الدر المختار: 521/4- 523.

(2) منح الجليل: 51/7- 52.

(3) مطالب أولي النهى: 370/4.

(4) الدر المختار: 26/6، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: 63.

(5) الدر المختار: 450/1.

(6) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم: 89، منح الجليل: 52/7.

(7) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي: 72/2، والمنثور في القواعد الفقهية: 222/3، والمقنع: 152.

(8) مطالب أولي النهى: 370/4.

(9) الدر المختار: 521/1- 523.

وذلك بناءً على أنّ الأصل عند الحنفية هو عدم مالية المنافع، وعدم جواز بيعها[1].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ صاحب الملك لا يستطيع إخراج صاحب الخلو من المحلّ، وهذا يلزم منه حجر الحر المكلف عن ملكه وإتلاف ماله مع أن صاحب الخلو لا يعطى أجرة المثل، ويأخذ هو في نظير خلوه قدرا كثيرا[2].

أما الشافعية فلم يتعرضوا لهذه المسألة صراحة، ويمكن أن يُقال إنّهم مع القول بصحة بدل الخلو وذلك بالاستناد إلى ما يأتي:

1. أنّ هذا العقد يعتبر من بيع المنافع، والمنفعة مالٌ، والبيع يقع على المنافع عند الشافعية كما يقع على الأعيان، والإجارة عندهم من باب بيع المنافع[3].

2. من أدلة المجيزين لهذا العقد هو القياس على النزول عن الوظائف، وقد أفتى جماعة من الشافعية بحل التنازل عن الوظائف مقابل مبلغ من المال[4].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، القائلون بجواز بدل الخلو، وذلك عملاً بالعرف، حيث إنّ العرف معتبر في المسائل التي ليس فيها دليل شرعي، وأنّ المنافع تُعتبر من الأموال، فيجوز التعامل بها كالأعيان، والله أعلم.

أمّا العلماء المعاصرون فإنهم فصلوا في ذلك وقالوا: عقد بدل الخلو يتنوع إلى ثلاثة أنواع:

---

(1) ينظر: الهداية: 230/3، الدر المختار: 502/4.

(2) الدر المختار: 521/1

(3) ينظر: الأم: 27/4، الحاوي الكبير: 14/5، وبحر المذهب: 142/7.

(4) ينظر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 217/4، وحاشية الشيرواني عليه: 138/5، ونهاية المحتاج: 481/5، وحاشية الجمل: 6/3.

النوع الأول: أن يأخذ المالك من المستأجر مبلغاً من المال، فضلاً عن الأجرة الشهرية أو السنوية، وذلك بأن يؤجر المالك المحل ويتقاضى بدل الخلو من المستأجر، فضلاً عن أجرة شهرية أو سنوية يتفق عليها بين طرفي العقد، ويعد المأخوذ جزءا معجلا من الأجرة المتفق عليها، وتكون الأجور التي تدفع في المستقبل سنويا أو شهريا جزءا آخر من الأجرة مؤجل الوفاء مضافا إلى ما تم تعجيله، مثل تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، عملا بالعرف العام السائد في البلاد الإسلامية[1].

وهذا النوع من بدل الخلو يعتبر من باب تعجيل بعض الأجرة وتأجيل الباقي، وهو محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة[2]، وعلى هذا يجوز للمالك أخذ مبلغ من المال من المستأجر، سواء سمي أجرة معجلة، أم بدل الخلو، بشرط التراضي بين الطرفين، إذ لا مشاحة في الاصطلاح[3].

وقد صدر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجدة رقم (6) لعام 1408 هـ بشأن هذا النوع: (إذا اتفق المالك والمستأجر على أن يدفع المستأجر للمالك مبلغا مقطوعا زائدا عن الأجرة الدورية (وهو ما يسمى في بعض البلاد خلوا) ، فلا مانع شرعا من دفع هذا المبلغ المقطوع على أن يعد جزءا من أجرة المدة المتفق عليها، وفي حالة الفسخ تطبق على هذا المبلغ أحكام الأجرة)[4].

---

(1) بدل الخلو، وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جزء 3، عدد 4، 1498هـ- 1988م: 2173 ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: 70.

(2) ينظر: بدائع الصنائع: 201/4، وبداية المجتهد: 623، والبيان: 332/7، والكافي في فقه الإمام أحمد: 175/2.

(3) ينظر: بدل الخلو في الفقه الإسلامي: 31.

(4) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جزء 3، عدد 4، 1498هـ- 1988م، الفقه الإسلامي وأدلته: 545/4.

النوع الثاني: أن يأخذ المستأجر مبلغا من المال من المالك المؤجر، لفسخ عقد الإيجار، ضمن مدة الإيجار، ويسلِّم المأجور إلى المالك[1].

وقد يختلف تكييف هذا النوع بين الإقالة[2]، وبيع المنافع، فعلى اعتباره من باب الإقالة فقد اختلف الفقهاء في جواز أخذ المستأجر المال من المالك المؤجر مقابل فسخ العقد إلى مذهبين:

المذهب الأول: عدم جواز أخذ المال مقابل فسخ العقد، لأنّه إقالة، فإنها لا تجوز إلا بنفس العوض المتعاقد عليه، في الأول قدرا ونوعا، لأن العقد إذا ارتفع رجع كل منهما إلى ما كان عليه، فإنّ الإقالة عندهم فسخ، وليست بيعاً، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

المذهب الثاني: يجوز أخذ العوض مقابل فسخ العقد، لأنّ الإقالة بيع جديد، وإليه ذهب أبو يوسف من الحنفية[6]، وهو مذهب المالكية[7]، وقولٌ عند الشافعية[8]، ورواية عند الحنابلة[9].

---

(1) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي:70.

(2) الإقالة: لغة: الرفع، أقال الله عثرته، أي رفعه الله من سقوطه، والإقالة في البيع: رفع العقد، واصطلاحاً: رفع العقد بعد وقوعه، ينظر: المصباح المنير: 521/2، والكليات: 159.

(3) بدائع الصنائع: 306/5، الهداية: 55/3.

(4) البيان: 451/5- 452، روضة الطالبين: 495/3.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد: 58/2، المبدع: 122/4.

(6) المبسوط: 120/14.

(7) منح الجليل: 100/5 ، لوامع الدرر: 610/8.

(8) روضة الطالبين: 495/3.

(9) الكافي في فقه الإمام أحمد: 58/2.

الترجيح:

الراجح في هذا النوع هو جواز أخذ العوض عن فسخ العقد بين المالك المؤجر والمستأجر، وذلك باعتباره إقالة، على ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني، أو من باب بيع المنافع باعتباره بيعاً جديدا، يجوز فيه الزيادة والنقصان على العوض المتعاقد عليه من قبل[1]، والله أعلم.

وقد صدر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجدة رقم (6) لعام 1408هـ بشأن هذا النوع: (إذا تم الاتفاق بين المالك وبين المستأجر أثناء مدة الإجارة على أن يدفع المالك إلى المستأجر مبلغا مقابل تخليه عن حقه الثابت بالعقد في ملك منفعة بقيمة المدة، فإن بدل الخلو هذا جائز شرعا، لأنه تعويض عن تنازل المستأجر برضاه عن حقه في المنفعة التي باعها للمالك، أما إذا انقضت مدة الإجارة، ولم يتجدد العقد صراحة أو ضمنا عن طريق التجديد التلقائي حسب الصيغة المفيدة له، فلا يحل بدل الخلو، لأن المالك أحق بملكه بعد انقضاء حق المستأجر)[2].

النوع الثالث: أن يأخذ المستأجر بدل الخلو من مستأجر لاحق[3].

صورته: أن يستأجر شخصٌ مكاناً تجارياً، ثمّ ينفق من ماله الخاص على ترميم أو إصلاح المحلّ، لكي يتمكن من الانتفاع به، ثمّ يريد المستأجر أن يتنازل عنه في مدة استئجاره لمستأجر آخر يحل محله، ويأخذ مقابل ذلك التنازل مبلغاً من المال بدلاً عن مدته الباقية، أو عمّا فعله في المحلّ من ترميم، أو عمّا ترك من أثاث فيه، أو أنّ المحلّ

---

(1) ينظر: بدل الخلو، محمد سليمان الأشقر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جزء 3، عدد 4، 1498هـ- 1988م: 2187، والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: 74.

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جزء 3، عدد 4، 1498هـ- 1988م، الفقه الإسلامي وأدلته: 545/4.

(3) ينظر: بدل الخلو، محمد سليمان الأشقر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جزء 3، عدد 4، 1498هـ- 1988م: 2187.

اكتسب شهرة واسعة في المنطقة، هذا النوع يُعدّ الأكثر شيوعاً، وهو الذي يدور عليه أغلب عقود بدل الخلو[1].

أمّا التكييف الفقهي لهذا النوع، فهو أن المستأجر يحقّ له أن يتنازل عن العين المؤجرة لمستأجر آخر مقابل مبلغ من المال، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، إلى أنّه يجوز للمستأجر إجارة ما استأجره بعد قبضه، سواء أجر بمثل ما استأجر، أم بأقل، أم بأكثر[6].

وعلى هذا يجوز للمستأجر أن يستأجر العين المؤجرة لمستأجر آخر، وذلك قبل انتهاء مدته، وله أن يأخذ بدل الخلو من المستأجر الذي يقوم مقامه، وذلك بموافقة المالك.

وقد صدر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع بجدة رقم (6) لعام 1408هـ، بشأن هذا النوع: (إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد أثناء مدة الإجارة على التنازل عن بقية مدة العقد لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية، فإن بدل الخلو هذا جائز شرعا، مع مراعاة مقتضى عقد الإجارة المبرم بين المالك والمستأجر الأول، ومراعاة ما تقضي به القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية.

على أنه في الإيجارات الطويلة المدة خلافا لنص عقد الإجارة طبقا لما تسوغه بعض القوانين لا يجوز للمستأجر إيجار العين لمستأجر آخر، ولا أخذ بدل الخلو فيها إلا بموافقة المالك.

---

(1) ينظر: بدل الخلو في الفقه الإسلامي حقيقته وأحكامه: 46.

(2) بدائع الصنائع: 206/4، مجمع الأنهر: 377/2.

(3) الكافي في فقه أهل المدينة: 748/2، بداية المجتهد: 634.

(4) المهذب: 542/3، روضة الطالبين: 256/5.

(5) المغني: 54/8، مطالب أولي النهى: 617/3.

(6) ينظر: بدل الخلو في الفقه الإسلامي حقيقته وأحكامه: 49. والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي: 70.

أما إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد بعد انقضاء المدة، فلا يحل بدل الخلو، لانقضاء حق المستأجر الأول في منفعة العين)[1].

تبين مما تقدّم أنّ بدل الخلو عقد جائز بصورها الثلاثة، سواء أكان بين المستأجر والمالك، أم المستأجر ومستأجر لاحق، وسواء أكانت الإجارة مؤقتة أم دائمة، إذا وقع العقد في مدة الإجارة، أما وقوع العقد بعد انقضاء المدة فإنّه يجوز بدل الخلو إذا وقع بين المالك والمستأجر الأول أو الثاني، أما وقوعه بين المستأجر الأول واللاحق فلا يجوز، والله أعلم.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جزء 3، عدد 4، 1498هـ- 1988م، الفقه الإسلامي وأدلته: 545/4.

الفصل الثالث
المعاملات المالية غير العوضية

المبحث الأول: عقود المشاركة

المطلب الأول: المضاربـــــة

أولاً: مفهوم المضاربة (القراض):

1.المضاربة لغة: مفاعلة من ضَرَبَ في الأرض يضْرِبُ ضرْباً ومَضْرباً: سار لابتغاء الرزق، مأخوذ من الضرب في الأرض، والمضاربة: أن تعطي إنسانا من مالك ما يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما، أو يكون له سهم معلوم من الربح، والمضاربة: هي القراض من ضاربه في المال[1].

2.القراض: من قارضه قِراضاً ومقارضةً: والقرض: القطعُ، ما تعطيه الإنسان من مالك لتقضاه وكأنه شيء قد قطعته من مالك، والقراض في التجارة، هو من هذا، وكأن صاحب المال قد قطع من ماله طائفة وأعطاها مقارضه ليتجر فيها، أوهي دفع المال لشخص ليتجرَ فيه، والربح بينهما على ما شرطا، والمقارضة: المضاربة[2].

3.المضاربة اصطلاحاً: هي عقد شركة في الربح بمالٍ من شخصٍ وعملٍ من آخر[3].

ولا يختلف تعريف المضاربة في الشرع واللغة فهو دفع المالك مالاً إلى عاملٍ ليتجر فيه ويكون الربح بينهما على ما اتفقا عليه، ومصطلح المضاربة مرادف للقراض من حيث

---

(1) مختار الصحاح: 378، لسان العرب: 26/9.

(2) معجم مقاييس اللغة: 72/5، مختار الصحاح: 530، لسان العرب: 26/9.

(3) التعريفات: 343.

اللغة، أما من حيث الاستعمال فإنَّ هذا العقدَ يسمى قِراضاً عند أهل المدينة، ومضاربة عند أهل العراق(1).

ثانياً: مشروعية المضاربة:

المضاربة عقدٌ جائز في الشريعة الإسلامية، واستدلّ الفقهاء على جوازه بالكتاب والسنة والإجماع.

1. القرآن الكريم: قال الله ﷻ: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: 20].

وجه الدلالة: أنّ المضارب يضرب في الأرض للتجارة والربح، ويبتغي بذلك فضل الله، أو على احتمال أنّه ضَرَبَ كلُّ واحد منهما بسهم من الربح(2).

2. السنة النبوية التقريرية: أنّ رسول الله ﷺ قد بُعِثَ والناس يتعاقدون المضاربة، فلم ينكر عليهم، فهو تقرير لهم على جواز المضاربة، والتقرير أحد وجوه السنة(3).

3. الإجماع: أجمع الفقهاء على أنّ المضاربة من العقود الجائزة(4).

ثالثاً: العرف والمضاربة:

المسائل التي احتج الفقهاء بالعرف في باب المضاربة هي كالآتي:

المسألة الأولى: المضاربة في غير النقود الرائجة من الدنانير والدراهم.

أولاً: احتجاج الفقها بالعرف في هذه المسألة:

---

(1) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة: 771/2، ومغني المحتاج: 3/397-398.

(2) بدائع الصنائع: 79/6، الذخيرة: 23/6، كشاف القناع: 507/3.

(3) بدائع الصنائع: 79/6، الفواكه الدواني: 122/2.

(4) الإشراف على مذاهب العلماء: 207/6، بداية المجتهد: 631، كشاف القناع: 507/3.

قال عبدالكريم المدرس: (من شروط القراض أن يكون رأس المال من الدنانير والدراهم المضروبة غير المغشوشة، ولا يجوز في الدراهم والدنانير المغشوشة، ولا في حلي المرأة، ولا في الحيوانات واللباس والعروض وغيرها، لكن عند كثير من العلماء يجوز المضاربة في المغشوش الرائج، وأنّ هذا الشرط صعبٌ تحصيله في هذا الزمان، لأنّ التعامل اليوم كله بالعروض والعملة الورقية، وفي الحقيقة لو كان الإمام الشافعي حياً في هذا العصر، لما وسعه إلا أن يفتي بجواز الشراكة ولو كان المال ديناراً أو نحاساً أو كان من العروض الرائجة)[1].

وقال الزلمي: (وشروطه هي شروط أركانه وهي مبنية على أساس كون رأس المال من الذهب والفضة، لكن القراض كما يجري فيهما يجري في كل عملة معدنية أو ورقية حلّت محلهما في التعامل والتداول)[2].

تبين من كلام الشيخين أنّ المضاربة تجوز بالدنانير والدراهم من الذهب والفضة الرائجة، وتجوز أيضا بغيرهما من الأثمان مما تعامل الناس به، ولا يجوز حصر رأس المال فيها بالذهب والفضة فقط، بل يتعدى إلى غيرهما عملاً بالعرف.

ثانياً: حكم المضاربة في غير النقود الرائجة في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على جواز المضاربة بالدنانير والدراهم من الذهب والفضة الرائجة[3]، أما المضاربة في غير الدنانير والدراهم الرائجة كالمغشوشة أو الحلى أو العروض فقد اختلفوا فيها على مذهبين:

---

(1) شةريعةتى نيسلام: 196/2.

(2) فلسفة الشريعة: 190.

(3) الإشراف على مذاهب العلماء: 207/6، بداية المجتهد: 631.

المذهب الأول: لا تجوز المضاربة بغير الدنانير والدراهم الرائجة المضروبة، وهوما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف[1]، وهو مذهب المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4]، والظاهرية[5].

وحجتهم أنّ رأس المال والربح مجهول في غير الدنانير والدراهم، مما يؤدي ذلك إلى الغرر والمنازعة عند القسمة، وهذه الجهالة غير موجودة في الدنانير والدراهم، لأن رأس المال لا يتغير عند القسمة، ولأنها أثمان للمبيعات بخلاف غيرها[6].

المذهب الثاني: تجوز المضاربة بغير الدنانير والدراهم الرائجة، وهو قول طاووس (ت: 106هـ)، والأوزاعي وابن أبي ليلى (ت: 148هـ)، (ت: 157هـ)، وحماد بن أبي سلمة (ت: 167هـ)[7]، وإليه ذهب محمد صاحب أبي حنيفة (ت: 131هـ)[8]، وهو رواية عن مالك وأحمد[9].

---

(1) المبسوط: 21/22.

(2) الكافي في فقه أهل المدينة: 771/2.

(3) المهذب: 475/3.

(4) كشاف القناع: 498/3،

(5) المحلى: 96/7.

(6) بدائع الصنائع: 59/6، بداية المجتهد: 631.

(7) المبسوط: 21/22، الحاوي الكبير: 307/7.

(8) الذخيرة: 30/6.

(9) المغني: 124/7.

ثمّ اختلف أصحاب هذا المذهب فيما تجوز المضاربة فيه من غير الدنانير[1] والدراهم[2].

فذهب محمد صاحب أبي حنيفة[3]، ومالك في رواية[4]، والحنابلة في وجه[5]، أنّ المضاربة تجوز في الفلوس[6].

وحجتهم أنّها نقد في معنى الدنانير والدراهم مادامت رائجة، ولا مانع عندهم من كون رأس المال من الفلوس[7].

وذهب طاووس والأوزاعي وحماد بن أبي سلمة وابن أبي ليلى[8]، وأحمد في رواية[9]، على أنّ المضاربة تجوز في العروض، وحجتهم هو القياس على الدنانير والدراهم، ولأنّ القصد

---

(1) الدنانير: جمع دينار، اسم نقد من الذهب، فارسي معرب، وهو المثقال من الذهب، وزنه بالاتفاق 4,25 جراماً، ينظر: المصباح المنير: 200/1، المكاييل والموازين الشرعية: 19.

(2) دراهم: جمع درهم، وهو فارسي معرب، وهي قطعة نقدية من الفضة، وزنها عند الحنفية: 3,125 جراماً، وعند الجمهور: 2,975 جراماً. ينظر: مختار الصحاح: 204، المكاييل والموازين الشرعية: 19.

(3) بدائع الصنائع: 82/6.

(4) الذخيرة: 30/6.

(5) الإنصاف: 411/5.

(6) الفلوس: جمع الفَلْس، عملة نقدية يتخذها الناس ثمناً، من سائر المعادن عدا الذهب والفضة، ويُقدّر بسدس الدرهم، فعليه يكون وزنه عند الحنفية: 0,521، وعند الجمهور: 0,496 ينظر: معجم مقاييس اللغة: 451/4، الموسوعة الفقهية الكويتية: 204/32، المكاييل والأوزان الشرعية: 28.

(7) ينظر: بدائع الصنائع: 82/6، الذخيرة: 30/6.

(8) الحاوي الكبير: 307/7.

(9) الإنصاف: 409/5.

من المضاربة والشركة فيها هو التصرف في المالين، والربح مشترك بينهما، وهذا يحصل بالعروض كالأثمان[1].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني في جواز المضاربة بغير الدنانير والدراهم، لأنّ تعامل الناس اليوم بالعملة الورقية التي حلّت محل الدنانير والدراهم، وأخذت حكم النقدين في الزكاة، والمعاملات المالية، وجريان الربا فيها[2].

قال ابن تيمية: (وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حد طبعي ولا شرعي بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح؛ وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به، بل الغرض أن يكون معيارا لما يتعاملون به والدراهم والدنانير لا تقصد لنفسها بل هي وسيلة إلى التعامل بها ولهذا كانت أثمانا)[3].

وقال الزيلي: (ولو حصرناه في المعدنين المذكورين للزم أن يكون التشريع الإسلامي ناقصاً وقاصراً على عصرٍ كان التعامل فيه بالذهب والفضة، وهذا خلاف الواقع)[4].

ولهذا لا يجوز حصر رأس مال المضاربة بالنقدين فقط، بل يجوز التعامل بغيرهما من الأثمان، عملاً بالعرف الجاري، والله أعلم.

---

(1) المغني: 124/7.

(2) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: 360/14.

(3) مجموع الفتاوى: 251/19.

(4) فلسفة الشريعة: 190.

المسألة الثانية: عمل عامل المضاربة:

اتفق الفقهاء على أن صفة المضاربة أن يكون رأس المال من المالك، والعمل من العامل، وبهذا تحصل الشركة بين الطرفين، وتُقسم الأرباح بينهما بالنسبة التي اتفقا عليها[1].

العامل يستحقّ الربح بالقدر الذي اتفقا عليه، إذا عمل بمقتضى العقد، أمّا إذا أطلق العقد، ولم يبين العمل، فإنّ المرجع في ذلك العرف والعادة، وهذا متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة، ونصوا على وجوب الرجوع إلى العرف في بيان عمل العامل[2]:

قال الكاساني (ت: 587هـ): (إذا قال له خذ هذا المال واعمل به... والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع إلا أنّ شراءه يقع على المعروف)[3].

وقال الدسوقي (ت: 1230هـ): (على العامل ما جرت العادة أن يتولاه)[4].

وقال الشربيني: (وعليه أي العامل فعل ما يعتاد فعله من أمثاله من عمّال القراض بحسب العرف)[5].

وقال ابن قدامة: (الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة)[6].

---

(1) ينظر: بداية المجتهد:631-634.

(2) ينظر: بدائع الصنائع: 86/6، وتبيين الحقائق: 68/5، والتوضيح: 43/7، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 522/3، والمجموع: 369/14، ومغني المحتاج: 412/3، والكافي في فقه الإمام أحمد: 154/2، والشرح الكبير على متن المقنع: 146/5.

(3) بدائع الصنائع: 86/6.

(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 522/3.

(5) مغني المحتاج: (412/3).

(6) المغني: 148/7.

وعليه فإنّ المرجع لبيان ما يقوم به المضارب هو عرف التجار، أو أمثالهم من عمّال المضاربة.

المسألة الثالثة: نفقة المضارب:

أولاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في نفقة المضارب:

قال القرافي: (أن السفر لأجل المال فتجب نفقته كأجرة الحمال والكيال ولأن نفقته لو كانت على نفسه لاستغرقت الربح فيضيع عناؤه ولأن الربح قبالة التجارة والنفقة لتسليم نفسه كالصداق والنفقة في النكاح ولأنه عرف فكان كاشتراطه جزء من الربح)[(1)].

تبين من كلامه أنّ المضارب يستحقّ النفقة في السفر وفقاً للعرف.

وقال ابن تيمية: (إن كان بينهما شرط في النفقة جاز ذلك، وكذلك إن كان هناك عرف وعادة معروفة بينهم وأطلق العقد فإنه يحمل على تلك العادة، وأما بدون ذلك فإنه لا يجوز)[(2)].

تبين من كلامه أنّ المضارب يستحقّ النفقة في العقد المطلق، وفق العرف الجاري، ولم يفرق رحمه الله بين نفقة السفر والحضر.

ثانياً: حكم نفقة المضارب في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في نفقة المضارب على ثلاثة مذاهب:

---

(1) ينظر: بداية المجتهد:2007، والذخيرة: 60/6.

(2) مجموع الفتاوى: 90/30، الفتاوى الكبرى: 368/3.

المذهب الأول: المضارب يستحق النفقة عند اطلاق العقد في السفر دون الحضر، وهو مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، وهو قولٌ عند الشافعية[3].

واستدلوا بما يأتي:

1. القياس على النفقة الزوجية: فإنّ المضارب قد فرغ نفسه عن أعماله وأشغاله، وذلك ليتّجر بمال غيره، فإنّه يستحق النفقة كالمرأة التي تستحق النفقة من مال زوجها، لأنّها فرغت نفسها للزوج، وذلك بالمقام في بيته[4].

2. العرف: قد جرى العرف، وهو ما جرى عليه العمل في الصدر الأول أنّ المضارب يستحق نفقة من مال المضاربة[5].

3. المعقول: الربح في المضاربة غير مضمون، والفطن لا يسافر بمال غيره لفائدة غير مضمونة، وعند منع الناس من النفقة من أموال المضاربة، فإنّه يؤدي إلى تعطيل المضاربة، وعدم قبول المعاملة بها، مع الحاجة إليها[6].

وأجيب: بأنّ المضارب يسعى لربح قد يدركه، والفطن يسعى دائماً وراء حظّه ومصالحه[7].

أمّا حجتهم في التفرقة بين السفر والحضر، فقد استدلوا بالمعقول وقالوا: إنّه قبل عقد المضاربة كان متوطنا في هذا الموضع، وكانت نفقته في ماله مع أهله، فكذلك بعد

---

(1) المبسوط: 62/22، بدائع الصنائع: 105/6.

(2) بداية المجتهد: 634، الذخيرة: 59/6.

(3) المهذب: 483/3.

(4) المبسوط: 63/22.

(5) ينظر: بداية المجتهد: 2007، والذخيرة: 60/6.

(6) بدائع الصنائع: 105/6.

(7) المحلى: 98/7.

المضاربة، فأما في السفر فإنّ نفقته من مال المضاربة، لأنّ في العادة يحتاج المسافر إلى نفقة زائدة وكسوة ومبيت، ولأن خروجه وسفره لأجل مال المضاربة، والإنسان لا يتحمل هذه المشقة، ثم ينفق من مال نفسه لأجل ربح موهوم[1].

المذهب الثاني: المضارب لا يستحق النفقة لا في السفر ولا في الحضر، وليس له اشتراطه، وهو الأظهر من مذهب الشافعية[2]، وبه قال الظاهرية[3].

واستدلوا بما يأتي:

1. القياس: المضارب لا يجوز له أن ينفق على نفسه من مال المضاربة في السفر، كما لو كان في الحضر، فالسفر والحضر سواء في المنع من النفقة من مال المضاربة[4].

وأجيب: بأنّ هذا قياس مع الفارق، لأنّ المقيم يجب عليه أن ينفق على نفسه وعياله من غير مضاربة، أمّا في السفر فإنّ الأحوال تختلف، لأنّه يجدد عليه النفقة[5].

ورُدّ: بأنّ التفريق بين نفقة السفر والحضر لا دليل عليه، وأنّ النفقة في حال السفر يؤدي إلى الجهالة بمقدار المال الذي ينفقه المضارب على نفسه، وهذا لا يجوز[6].

2. المعقول: أنّ المضارب يستحقّ نصيباً من الربح، فليس له أخذ غير ذلك، لأنّ النفقة قد تكون قدر الربح، فحينئذٍ ينفرد العامل بالربح ولا يبقى لصاحب المال شيء، أو قد

---

(1) ينظر: المبسوط: 63/22، والذخيرة: 59/6.

(2) روضة الطالبين: 135/5، مغني المحتاج: 412/3.

(3) المحلى: 97/7.

(4) البيان: 12/7.

(5) الذخيرة: 60/6.

(6) المحلى: 97/7.

تكون النفقة أكثر من الربح، فيأخذ في هذه الحالة جزءاً من رأس المال، وهذا ينافي مقتضى العقد[1].

وأجيب: بأنّ سفر المضارب لأجل الربح والمال، فتجب نفقته كأجرة الحمّال، وقد يضيع عناؤه[2].

المذهب الثالث: المضارب لا يستحق النفقة لا في السفر ولا في الحضر إلا أن يشترط، وهو المذهب عند الحنابلة[3].

استدلوا بما يأتي:

1. السنة النبوية: عن عمر بن عوف المزني عن أبيه عن جدّه أنّ رسول الله ﷺ قال: ((المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ))[4].

وجه الدلالة: أنّه يجوز للمضارب أن يشترط النفقة، سواء أكان في السفر أم في الحضر[5].

وأجيب: أنّه لا يجوز له اشتراط النفقة، فإذا اشترط فهو باطل، لأنّه لا يجوز اشتراط شرط ليس في كتاب الله[6].

---

(1) مغني المحتاج: 412/3.

(2) الذخيرة: 60/6.

(3) المغني: 178/7، الإنصاف: 440/5.

(4) صحيح البخاري معلقاً بصيغة الجزم: 92/3، كتاب الإجارة، باب أجرة السمسرة، وسنن أبي داود: 446/5، كتاب الأقضية، باب في الصلح، رقم الحديث: 3594، سنن الترمذي: 626/3، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم الحديث: 1352، وقال: حديث حسن صحيح، وهو كذلك، ينظر: المجموع: 376/9، وبلوغ المرام: 334/1.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد: 156/2.

(6) المحلى: 97/7.

2. المعقول: المضاربة تجوز في السفر والحضر، فللمضارب اشتراط النفقة في الحضر كالسفر، لأنَّ النفقة مقابل عمله[1].

الترجيح:

من خلال ما تقدّم تبين رجحان المذهب الثالث القائل بعدم استحقاق المضارب النفقة لا في الحضر ولا في السفر إلا أن يشترط بالمعروف، والقول باستحقاق النفقة في الحضر أو السفر يؤدي إلى الجهالة بما ينفقه المضارب على نفسه، والأولى أن يقطع صاحب المال للعامل قسطاً من المال مقابل النفقة، ينفق به على نفسه بالمعروف، ويُذكر ذلك في العقد، والله أعلم.

المطلب الثاني: المساقاة

أولاً: مفهوم المساقاة:

1.المساقاة لغة: من باب المفاعلة، مأخوذة من سقيَ: وهو إشراب الشيء الماءَ، وما أشبهه، وتسمى المعاملة: وهي المفاعلة من العمل، والمساقاة لغة أهل الحجاز، والمعاملة لغة أهل العراق، والمُسَاقَاةُ (المعاملة): أَنْ يستعمل شخص شخصاً آخر في نخيل، أو كروم ليَقُوم بإصلَاحها علَى أَن يَكون لَهُ سَهْمٌ معلومٌ[2].

2.المساقاة اصطلاحاً: (دفع الشجر إلى مَنْ يصلحه بجزءٍ من الثمرِ)[3]، تبين أنّ استعمال الفقهاء للمساقاة لا يخرج عن المعنى اللغوي، فهي نوع من شركة على أن تكون الأشجار من طرفٍ، وتربية الأشجار من طرف آخر، ويقسم الثمر بينهما[4].

---

(1) المغني: 178/7.

(2) ينظر: معجم مقاييس اللغة: 85/3، مختار الصحاح: 305، المصباح المنير: 430/2.

(3) التعريفات:334، منار السبيل: 408/1.

(4) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء: 412-413.

ثانياً: المساقاة والعرف:

المسائل الفقهية التي احتجّ الفقهاء بالعرف فيها في باب المساقاة هي:

المسألة الأولى: عمل العامل:

اتفق الفقهاء على أنّ الواجبَ على العامل في باب المساقاة هو السقي، والإبار[1]، وأنّه يجب عليه فعلُ كل ما تحتاج إليه الأشجار من سقي، وإصلاح ثمره وتنقيته وحراسته، أمّا تفصيل ما يقوم به العامل فلا يشترط ذكره في العقد، وإنّما يُحمَل المطلق على العرف الغالب.

قال ابن الحاجب: (العمل لا يُشترط تفصيله، ويُحمل على العرف)[2].

وقال النووي: (وصيغتها ساقيتك على هذا النخل بكذا أو سلمته إليك لتتعهده ويشترط القبول دون تفصيل الأعمال ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب)[3].

تبين أنّ تفصيل ما يلزم على العامل فعله في عقد المساقاة لا يجب ذكره، وأن العرف الغالب هو المرجع في بيان عمله[4].

المسألة الثانية: محل المساقاة:

محل المساقاة: هو المعقود عليه، والمحل المخصوص بالمساقاة ومورد عملها، وهي الأشجار[5].

---

(1) بداية المجتهد: 639.

(2) جامع الأمهات: 430.

(3) منهاج الطالبين: 158.

(4) ينظر: رد المحتار: 291/6، والفواكه الدواني: 125/2، ومغني المحتاج: 431/3، والفواكه العديدة في المسائل المفيدة: 312/1.

(5) ينظر: بداية المجتهد: 638، ومغني المحتاج: 421/3.

أولاً: الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال المدرس: (في القول القديم للإمام الشافعي ﷺ تجوز المساقاة على جميع أنواع الأشجار، لأنّ الناس يحتاجون إلى مثل هذه المعاملة، واختار هذا القول كثير من الفقهاء، ويجوز لنا أن نقلد هذا القول، لأنّ أكثر الأشجار في بلدنا من الرمان والتين والجوز والبرقوق والمشمش وغيرها، ولا وجود لأشجار النخل عندنا، والناس يحتاجون إلى العمل والتكسب)[1].

وقال أيضاً: (ومعلوم أنّه يجوز تقليد القول القديم الغير المرجح لعمل النفس، فيقلده أصحاب البساتين التي فيها تلك الأشجار مع العمال في المساقاة عليها)[2].

ويبدو مما مرّ من الكلام أنّ الشيخ يجيز المساقاة بغير النخل والكرم، لأنّ طبيعة المنطقة التي يعيش فيها الشيخ وهي كردستان لا توجد فيها أشجار النخيل، بل الناس يتعاملون بأشجار الجوز واللوز والتين وغيرها من الأشجار المثمرة التي تكثر فيها، فحصر المساقاة في النخل والكرم يؤدي إلى التضيق على الناس، وغلق أبواب التكسب عليهم.

ثانياً: محل المساقاة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في الأشجار التي تجوز فيها المساقاة على أربعة مذاهب:

المذهب الأول: أنّ المساقاة تجوز على جميع الأشجار المثمرة، وهو ما ذهب إليه الحنفية[3]، والشافعي في قوله القديم[4]، وهو مذهب الحنابلة[5]، وإليه ذهب ابن حزم[6].

استدلوا بما يأتي:

---

(1) شةريعةتى ئيسلام: 205/2.

(2) الفتاوى العراقية: 102/2.

(3) الهداية: 344/4، رد المحتار: 288/6.

(4) الحاوي الكبير: 364/7.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد: 163/2.

(6) المحلى: 67/7.

1. السنة النبوية: عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: ((أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ))[1].

وجه الدلالة:

إنّ هذا الحديث مطلق يدلّ على أنّ المساقاة تجوز في جميع الأشجار المثمرة، فلا يجوز تقييد المساقاة وقصرها وحصرها على بعض الأشجار دون بعض[2].

وأجيب: بأنّ الأشجار التي كانت في خيبر، وعامل عليها رسول الله ﷺ كان من أشجار النخل والكرم لا غير، فيُحمل لفظ الحديث عليهما[3].

ورُدّ: بأنّه كان في خيبر أشجار أخرى غيرهما كالرمان والموز والقصب وغيرها من الأشجار المثمرة، وعاملهم رسول الله ﷺ على نصف ما يخرج منها، ولم يفرق ﷺ بين شجر وشجر[4].

2. المعقول: أنّ الحاجة تدعو إلى جواز المساقاة في جميع الأشجار المثمرة[5].

المذهب الثاني: تجوز المساقاة في كل أصل ثابت كالرمان والزيتون، ولا تجوز في أصل غير ثابت، كالبطيخ والبقول، وهو مذهب المالكية[6].

وحجتهم أنّ المساقاة رخصة في النخيل، فوجب تعديتها إلى غيره من الأشجار التي تشبهه، ويتكرر ثمرتها حولاً بعد حول[7] .

---

(1) متفق عليه: صحيح البخاري: 104/3 ، كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، رقم الحديث: 2328، وصحيح مسلم1186/3، رقم الحديث: 1551:.

(2) البحر الرائق: 187/8.

(3) البيان: 253/7.

(4) المحلى: 71/7.

(5) الهداية: 344/4.

(6) الكافي في فقه أهل المدينة: 766/2، بداية المجتهد: 638.

(7) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة: 766/2، بداية المجتهد: 638.

المذهب الثالث: أنّ المساقاة لا تجوز إلا في النخيل والعنب، وإليه ذهب الشافعي في قوله الجديد، وهو الصحيح من مذهبه[1].

استدلوا بما يأتي:

1. القياس: وذلك بقياس المساقاة على الزكاة، فبما أنّ الزكاة لا تجب إلا في ثمار النخل والعنب، فكذلك المساقاة[2].

2. المعقول: حيث إنّ أشجار النخل والكرم لا تنمو إلا بالعمل فيها، لأن أشجار النخل تحتاج إلى اللقاح وأشجار الكرم تحتاج إلى الكساح، أمّا بقية الأشجار فإنّها تنمو من غير تعهد وعمل[3].

المذهب الرابع: أنّ المساقاة لا تجوز إلا في النخيل، وهو ما ذهب إليه داود من الظاهرية[4].

وذلك بناءً على الأصل الثابت عنده في منع القياس، فلا يجوز قياس غير النخيل عليه[5].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في جواز المساقاة في جميع الأشجار المثمرة، وذلك لقوة ما استدلوا به، ولأنّ الحاجة داعية إلى جواز المساقاة، وقد جرى العرف في

---

(1) البيان: 253/7، روضة الطالبين: 150/5.

(2) البيان: 253/7، المجموع: 399/14.

(3) كفاية الأخيار: 397.

(4) المحلى: 68/7، بداية المجتهد: 638.

(5) بداية المجتهد: 638.

جوازها فيها، وأنّ الأشجار المثمرة جميعها تحتاج إل عمل وجهد لكي تنمو وتثمر كالنخيل والعنب، والله أعلم.

المطلب الثالث: المزارعــة والمخابــرة

أولاً: مفهوم المزارعة والمخابرة:

1. المزارعة لغة: من زرع الحَبَّ يزرع زرعاً وزراعةً: بذره، والزرعُ: الإنماء والإنبات، وهي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها[1].

2. المخابرة لغة: من خبرْتُ الأرضَ: شققتها للزراعة، والمخابرة هي المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض[2].

3. المزارعة والمخابرة اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء في معنى المزارعة والمخابرة، هل هما عقدان مختلفان أم لا، على قولين:

القول الأول: أنّهما بمعنى واحد، وأنهما مصطلحان مرادفان، وإليه ذهب الحنفية[3]، والمالكية[4]،

وإليه ذهب أكثر أصحاب الشافعي[5]، وهو مذهب الحنابلة[6].

وعلى هذا جاء تعريف المزارعة والمخابرة عندهم على النحو الآتي:

---

(1) لسان العرب: 26/7، المصباح المنير: 252/1.

(2) مختار الصحاح: 168، المصباح المنير: 162/1.

(3) رد المحتار: 274/6.

(4) التمهيد: 321/2.

(5) البيان: 277/7.

(6) الشرح الكبير على متن المقنع: 582/5.

عند الحنفية: (هي عقد على الزرع ببعض الخارج)[1].

وعند المالكية[2]: (وهي كراء ببعض ما يخرج منها)[3].

وعند الشافعية: (أن يدفع إلى رجل أرضاً له ليزرعها، وتكون الغلة بينهما على ما يشترطان)[4].

وعند الحنابلة: (هي دفع الأرض إلى مَن يزرعها بجزءٍ من الزرع)[5].

القول الثاني: أنّهما عقدان مختلفان، وهو الصحيح من مذهب الشافعية[6].

وعلى هذا جاء تعريف المزارعة مغايرا لتعريف المخابرة عندهم، وكان كالآتي:

فالمزارعة: هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك[7].

والمخابرة: هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل[8].

تبين مما تقدّم أنّ جمهور الفقهاء لا يفرّقون بين المزارعة، والمخابرة، وأنهما مترادفان وهو الأصح، وأنّ المعنى الاصطلاحي للمزارعة لا يختلف عن معناها اللغوي، وهي المعاملة

---

(1) الهداية: 337/4.

(2) المزارعة عند المالكية هي مطلق الشركة بين العامل والمالك في زراعة الأرض، وأن يشتركا في الأرض والعمل والآلة، وهذا النوع لا يدخل في باب المزارعة التي جاء تعريفها هنا، بل يدخل في باب الشركة، أمّا كراء الأرض ببعض ما يخرج منها، فهذا يسمى المخابرة عندهم، ويوافق تعريف المزارعة عند الجمهور، وهو موضوع بحثنا، ينظر: بداية المجتهد: 618، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 372/3.

(3) بداية المجتهد: 638.

(4) البيان: 277/7.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد: 167/2.

(6) روضة الطالبين: 168/5.

(7) روضة الطالبين: 168/5، كفاية الأخيار: 404.

(8) المصدر نفسه.

على الأرض ببعض ما يخرج منها، وتُقسم الناتج بين المالك والعامل، بنسبة تحدد في العقد.

ثانياً: المزارعة والعرف:

احتجّ الفقهاء بالعرف في المزارعة، وذلك في مسألتين:

المسألة الأولى: حكم المزارعة:

أولاً: الاحتجاج بالعرف في حكم المزارعة:

قال الكاساني في جواز المزارعة: (وكذا هي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير إنكار)[1].

وقال الخطابي: (فالمزارعة على النصف والثلث والربع وعلى ما تراضى به الشريكان جائزة إذا كانت الحصص معلومة والشروط الفاسدة معدومة وهي عمل المسلمين من بلدان الإسلام وأقطار الأرض شرقها وغربها لا أعلم أني رأيت أو سمعت أهل بلد أو صقع من نواحي الأرض التي يسكنها المسلمون يبطلون العمل بها)[2].

وقال أبوبكر المصنف: (والمختار عند طائفة جوازهما- أي المزارعة والمخابرة-) ثم قال: (لقلة الضرر، وعموم الحاجة إليهما، وإطباق الناس عليهما في كل عصر)[3].

ثانياً: حكم المزارعة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في حكم المزارعة على مذهبين:

---

(1) بدائع الصنائع: 175/6.

(2) معالم السنن: 95/3.

(3) الوضوح: 16/5.

المذهب الأول: عدم جواز المزارعة، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة[1]، والمالكية[2]، والشافعية[3].

استدلّ أصحاب هذا المذهب على عدم جواز المزارعة بما يأتي:

1. السنة النبوية: عن رافع بن خديج ﷺ أنه قال: ((كُنَّا نُحَاقِلُ[4] الْأَرْضَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَنُكْرِيهَا بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ، وَالطَّعَامِ الْمُسَمَّى، فَجَاءَنَا ذَاتَ يَوْمٍ رَجُلٌ مِنْ عُمُومَتِي، فَقَالَ: نَهَانَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ أَمْرٍ كَانَ لَنَا نَافِعًا، وَطَوَاعِيَةُ اللهِ وَرَسُولِهِ أَنْفَعُ لَنَا، ((نَهَانَا أَنْ نُحَاقِلَ بِالْأَرْضِ فَنُكْرِيَهَا عَلَى الثُّلُثِ وَالرُّبُعِ، وَالطَّعَامِ الْمُسَمَّى، وَأَمَرَ رَبَّ الْأَرْضِ أَنْ يَزْرَعَهَا، أَوْ يُزْرِعَهَا، وَكَرِهَ كِرَاءَهَا وَمَا سِوَى ذَلِكَ))[5].

- وعن جابر بن عبدالله ﷺ: ((نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْمُخَابَرَةِ))[6].

---

(1) بدائع الصنائع: 175/6.

(2) بداية المجتهد: 618.

(3) المهذب: 507/3.

(4) نُحاقِلُ: من الحقل وهو الأرض القراح التي لا شجر بها، وقيل هو الزرع إذا تشعب ورقه ومنه أخذت المحاقلة وقد اختلف في تفسيرها، قيل: هى اكتراء الأرض بالحنطة، وهو الذى يسميه الزارعون المحارثة، وقيل: هى المزارعة على نصيب معلوم كالثلث والربع ونحوها، وقيل: هى بيع الطعام فى سُنْبله بالبر، وقيل: بيع الزرع قبل إدراكه. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر: 416/1، والمصباح المنير: 144/1.

(5) صحيح مسلم: 1181/3، كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالطعام. رقم الحديث: 1548، سنن أبي داود: 276/3، كتاب البيوع، باب التشديد في ذلك، أخرجه بلفظ: (كنّا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، رقم الحديث: 3395.

(6) متفق عليه: صحيح البخاري: 115/3، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، رقم الحديث: 2381، وصحيح مسلم 1177/3، كتاب البيوع، باب كراء الأرض، رقم الحديث: 1536.

وجه الدلالة: دلّت السنة على النهي عن المخابرة والمزارعة بالثلث والربع، لأنّه استئجار ببدل مجهول، ولا يجوز الإجارة إلا ببدلٍ معلوم[1].

وأجيب بعدة أجوبة:

الأول: أنه جاء تفسير النهي في رواية أخرى، وهي أنّه قال: (كُنَّا أَكْثَرَ الأَنْصَارِ حَقْلًا، فَكُنَّا نُكْرِي الأَرْضَ، فَرُبَّمَا أَخْرَجَتْ هَذِهِ، وَلَمْ تُخْرِجْ ذِهِ، فَنُهِينَا عَنْ ذَلِكَ وَلَمْ نُنْهَ عَنِ الوَرِقِ)[2].

وجه الدلالة: أنّ الكراء بشيء معلوم لا بأس به، وأنّه يفسر ما جاء عن النبي ﷺ نهيه عن المزارعة والمخابرة، فعلى هذا لا يبقى تعارض بين أحاديث النهي والجواز[3].

الثاني: أنّ أحاديث النهي عن المزارعة معارضة للأحاديث التي تدلّ على جوازها، وأنّ أحاديث الجواز أصحّ من أحاديث النهي[4].

الثالث: لو امتنع التأويل والجمع بين أحاديث النهي والجواز لوجب حمل أحاديث النهي على أنها منسوخة بحديث خيبر الآتي، لكونه معمولاً به من قبل النبي ﷺ وعمل به أصحابه رضي الله عنهم من بعده إلى عصر التابعين[5].

المذهب الثاني: جواز المزارعة، وهو ما ذهب إليه الصاحبان أبو يوسف ومحمد من الحنفية، وعليه الفتوى عندهم[6]، وهو قول ابن خزيمة (ت: 311هـ)، وابن المنذر (ت:

---

(1) بدائع الصنائع: 175/6، الحاوي الكبير: 450/7.

(2) متفق عليه: صحيح البخاري: 191/3، كتاب الشروط، باب الشروط في المزارعة، رقم الحديث: 2722، وصحيح مسلم 1183/3، كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والفضة، رقم الحديث: 1547.

(3) المغني: 555/7.

(4) المصدر نفسه.

(5) ينظر: المحلى: 48/7.

(6) الهداية: 337/4.

319هـ)[1]، والخطابي (ت: 388هـ)[2]، واختاره النووي من الشافعية[3]، وهو مذهب الحنابلة[4]، والظاهرية[5].

استدلّ أصحاب هذا المذهب بما يأتي:

1. الحديث الشريف: عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أنّ رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمرٍ، أو زرعٍ)[6].

وجه الدلالة:

هذا الحديث دليل على جواز المزارعة، لأنّ رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بالشطر إلى أن مات، ولم ينسخ العمل بهذا الحديث، ثمّ عمل به من بعده الخلفاء الراشدون ﷺ، وكانوا يعطون أهل خيبر جزء ما يخرج من الأرض[7].

وأجيب عن هذا الحديث بعدة أجوبة:

---

(1) الإشراف: 259/6.

(2) معالم السنن: 95/3.

(3) روضة الطالبين: 168/5، وكفاية الأخيار: 405.

(4) الكافي في فقه الإمام أحمد: 167/2.

(5) المحلى: 53/7.

(6) متفق عليه: رواه البخاري: 104/3، كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه، رقم الحديث: 2328، صحيح مسلم: 1186/3، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من التمر والزرع، رقم الحديث: 1551.

(7) ينظر: كشاف القناع: 532/3، والمحلى: 48/7.

- الأول: أنّ هذا الحديث محمول على الجزية، أي أنّ الذي كانوا يعطونه للنبي ﷺ جزية، أو أنه محمول على أنّه بمنزلة خراج المقاسمة[2][1].
- الثاني: أنّ هذا الحديث منسوخ بحديث رافع بن خديج الذي مرّ ذكره في أدلة المذهب الأول[3].

وأجيب: بأنّ أحاديث رافع بن خديج رضي الله عنه مضطربة جداً، فلا يجب العمل به إذا انفردت، فكيف إذا عارضت الأحاديث الصحيحة[4].

- الثالث: الحديث خاص باليهود دون غيرهم[5].
- الرابع: حمل الشافعية هذا الحديث على جواز المزارعة تبعاً للمساقاة، أي أنّ المزارعة جائزة إذا كانت في أرض بين النخيل، ويصعب سقي الأرض إلا بسقيها[6].

وأجيب: بأنّ هذا التأويل بعيد، لأنّه لا يُتصوّر أنّ خيبر المدينة الكبيرة، وذات المساحة الواسعة، وليس فيها أرض بيضاء من دون نخيل، ويبعد أنّ رسول الله ﷺ عاملهم على بعض الأراضي دون بعض، لذا يحمل هذا الحديث على عمومه[7].

2. الإجماع: الخلفاء الراشدون (رضي الله عنهم) عملوا بالمزارعة، ولم ينكر عليهم أحد من الصحابة، فكان إجماعاً[8].

---

(1) خراج المقاسمة: هو أن يفتح الإمام بلدة فيمن على أهلها، ويجعل على أراضيهم خراج مقاسمة، وهو أن يؤخذ منهم نصف الخارج، أو ثلثه، أو ربعه. بدائع الصنائع: 63/2.

(2) كشاف القناع: 532/3، المحلى: 48/7.

(3) بداية المجتهد: 638.

(4) المغني: 555/7.

(5) المصدر نفسه.

(6) البيان: 280/7.

(7) المغني: 559/7.

(8) المغني: 560/7، كشاف القناع: 532/3.

3. العرف: حيث استدلّ أصحاب هذا المذهب بالعرف في جواز المزارعة فإنّ الناس من السلف والخلف قد تعاملوا بها من غير نكير[1].

المعقول: الحاجة تدعو إلى جواز المزارعة، لأنّ كثيراً من الناس ليس لهم أرض ولا شجر، ويحتاجون إلى العمل والثمر، وأهل الشجر والأرض يحتاجون إلى من يعمل لهم، فجوازها دفع لحاجة العامل والمالك[2].

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني القائلون بجواز المزارعة، وذلك لقوة أدلتهم، وأنها آخر ما فعله رسول ﷺ ومضى على فعله الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم، وأنّ العرف يقضي بجوازها، وأنّ الحاجة داعية إلى جواز المزارعة، لأنّ مَنْ لا أرض له يحتاج إلى العمل والتكسب، وأنّ مالك الأرض يحتاج إلى الأيدي العاملة، فجازت المزارعة بهذه الاعتبارات والله أعلم.

المسألة الثانية: قسمة الربح في المضاربة و المساقاة والمزارعة الفاسدة[3]:

أولاً: الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال ابن تيمية: (وإذا فسدت المزارعة أو المساقاة أو المضاربة استحقّ العامل نصيب المثل، وهو ما جرت العادة في مثله، لا أجرة المثل)[4].

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع: 175/6، ومعالم السنن: 95/3.

(2) كشاف القناع: 532/3.

(3) هذه المسألة مشتركة بين هذه العقود الثلاثة، فجاءت متأخرة تجنباً للتكرار.

(4) الفتاوى الكبرى: 407/5.

وقال أيضاً: (ولهذا كان الصواب أنّه يجب في المضاربة الفاسدة ربح المثل لا أجرة المثل، فيعطي العامل ما جرت به العادة، أن يعطاه، مثله من الربح: إمّا نصفه وإما ثلثه وإما ثلثاه)[1].

تبين من كلام الشيخ أنّه إذا فسدت المضاربة أو المساقاة أو المزارعة فإنه يجب للعامل ربح المثل، لا أجرة المثل، فإنّ العامل يُعطى ما جرت به العادة في ربح مثله.

ثانياً: حكم الربح في المضاربة والمساقاة والمزارعة الفاسدة في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أنّ المعاملة إذا فسدت فإنّ رأس المال يرجع إلى صاحبه[2]، واتفقوا على أنّ العامل يستحقّ شيئاً من الأجرة[3].

واختلفوا فيما يستحقه العامل بعدما بدأ العمل في المعاملة الفاسدة، على مذهبين:

- **المذهب الأول**: أنّ العامل يستحقّ أجرة المثل والربح للمالك، وهو مذهب الحنفية[4]، ورواية عند المالكية[5]، وهو مذهب الشافعية[6]، والحنابلة[7].

استدلوا بالقياس على الإجارة الفاسدة، فإنّ الأجير لا يستحق إلا أجرة المثل، والربح يكون للمالك، لأنّه نماء ملكه[8].

---

(1) مجموع الفتاوى: 509/20.

(2) بداية المجتهد: 635.

(3) المبسوط: 22/22، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 520/3، مغني المحتاج: 230/3، كشاف القناع: 512/3.

(4) بدائع الصنائع: 6/108-182، العناية: 472/9.

(5) التوضيح: 59/7.

(6) الحاوي الكبير: 315/7

(7) المبدع: 366/4.

(8) بدائع الصنائع: 108/6.

- **المذهب الثاني: العامل يستحقّ قِراض أو مساقاة أو نصيب المثل أو ربح المثل، لا أجرة المثل، وهو رواية عند المالكية[1]، والحنابلة[2]، واختاره ابن تيمية[3]، وابن القيم[4].**

والفرق بين قراض ومساقاة وربح المثل، وبين أجرة المثل، أنّ أجرة المثل تتعلق بذمة المالك سواءٌ ربح أم لم يربح، أمّا قراض المثل، فإن كان هناك ربح كان للعامل النصف أو الثلث أو ماجرت به العادة، وإلا فلا شيءَ له[5].

واستدلوا بما يأتي:

1. الأثر: روي أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب (﵃) لقيا أبا موسى الأشعري ﵁ بالبصرة، مصرفهما من غزوة نهاوند[6] فتسلفا منه مالا وابتاعا به متاعا وقدما به المدينة فباعاه وربحا فيه، فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله، فقالا له: لو

---

(1) بداية المجتهد: 635.

(2) المغني: 180/7.

(3) مجموع الفتاوى: 509/20.

(4) الطرق الحكمية: 213.

(5) بداية المجتهد: 636، الكافي في فقه أهل المدينة: 777/2، الطرق الحكمية: 213.

(6) معركة نهاوند من المعارك الفاصلة في التاريخ الإسلامي، وقعت في خلافة عمر بن الخطاب، سنة 21 هـ(642م) وقيل سنة 18 أو 19 هـ، قرب بلدة نهاوند في فارس، وانتصر فيها المسلمون انتصاراً كبيراً بقيادة النعمان بن مقرن على الفرس الساسانيين، إلا أن النعمان قتل في المعركة، بانتصار المسلمين انتهى حكم الدولة الساسانية في إيران، بعد أن دام حكمها 416 عاما. ينظر: تاريخ الطبري: 114/4، والكامل في التاريخ: 390/2.

تلف كان ضمانه علينا فكيف لا يكون ربحه لنا، فقال رجل لأمير المؤمنين: لو جعلته قراضا فقال قد جعلته وأخذ منهما نصف الربح[1].

وجه الدلالة: أنّ عمر ﷺ جعل المال الذي اتّجر فيه بغير استحقاق مضاربة، وجعل الربح بينهما، لأنّه نماء حصل من منفعة بسبب عمل العامل، ومال المالك، فكان بينهما كسائر النماء الحادث من أصلين[2].

وأجيب: أنّ عمر ﷺ جعل المعاملة بينهم قراضاً صحيحاً لا فاسداً، ولو أجرى عليها حكم القراض الفاسد، فإنّ الذي أعطي العامل هو أجرة المثل، وقدّر بنصف الربح[3].

2. العرف: حيث إنّ العادة جرت أنّ العامل يستحقّ نصيب أو ربح المثل لا أجرة المثل، فإنها قد تستغرق جميع المال أو أضعافه، بخلاف ربح المثل[4].

3. القاعدة الشرعية: الواجب في الفاسد من العقود نظير ما يجب في الصحيح منها، فالواجب في النكاح الفاسد مهر المثل، وفي البيع الفاسد ثمن المثل، وفي الإجارة الفاسدة أجرة المثل، وهذا كله نظير ما يجب في الصحيح منها، فكذلك يجب في المساقاة والمضاربة والمزارعة الفاسدة ربح المثل[5].

الترجيح:

تبين مما تقدم أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني، وأنّه يجب في المساقاة والمضاربة والمزارعة الفاسدة ربح المثل، لأنّه لو أوجبنا أجرة المثل، فإنّها قد

---

(1) الموطأ: 687/2، كتاب الفرائض، باب ما جاء في الفرائض، رقم الحديث: 1، وقال ابن حجر: **إسناده صحيح**، التلخيص الحبير: 139/3.

(2) مجموع الفتاوى: 87/30.

(3) الحاوي الكبير: 306/7.

(4) مجموع الفتاوى: 84/28.

(5) الطرق الحكمية: 213.

تستغرق جميع الربح، أو جميع المال، فيؤدي بذلك إلحاق الضرر بالمالك، بخلاف ربح المثل، والله أعلم.

المطلب الرابع: الشَّرْكَةُ

أولاً: مفهوم الشركة:

1.الشِّرْكَةُ لغة: اشتركا وتشاركا وشارك أحدهما الآخر: هو أن يكون الشيءُ بين اثنين أو أكثر، لا ينفرد به أحدهما، والجمع: شركاء[1].

2.الشِّرْكَةُ اصطلاحاً: هي أن يشترك اثنان فأكثر، في مالٍ أو في عملٍ يعملانه[2].

ثانياً: العرف والشركة:

المسائل المبنية على العرف عند الفقهاء هي ثلاثة:

المسألة الأولى: صيغة عقد الشركة:

أولاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في هذه المسألة:

قال ابن الحاجب: (الصيغة ما يدلّ لفظاً، أو عرفاً)[3].

وقال الرافعي (ت 623): (الصيغة وهي ما تدل على الإذن في التصرف، والأظهر أنه يكفي قولهما اشتركنا إذا كان يفهم المقصود منه عرفا)[4].

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 265/3، القاموس المحيط: 967.

(2) حلية الفقهاء: 144، الموسوعة الفقهية الكويتية: 20/26.

(3) جامع الأمهات: 393.

(4) العزيز شرح الوجيز: 187/5.

أي أنّه ليس للشركة لفظ معين، بل تحصل الشركة بكل ما يدلّ عليها من الألفاظ اللغوية أو العرفية أو الفعل[1].

ثانياً: صيغة الشركة في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أنّه لابدّ من صيغة من إيجابٍ وقبول ينعقد بها عقد الشركة[2]، ثمّ اختلفوا في ماهية الصيغة، وكيفيتها على مذهبين:

- **المذهب الأول:** أنّ الشركة لا تنعقد إلا بلفظ يدل على الإذن، أو الرضا، كأنْ يقول أحدهما: شاركتك في كذا وكذا، ويجيب الآخر: قبلت هذه الشركة، وهو مذهب الحنفية[3]، والشافعية[4].
- **المذهب الثاني:** الشركة تنعقد بما يدلّ على الرضا والأذن من قول أو فعل، وهو ما ذهب إليه المالكية[5]، والحنابلة[6].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني في جواز انعقاد الشركة بكل لفظ أو فعل يدلّ عليها، لأنّ الأصل في قبول الشركة هو ما يدلّ على الإذن والرضا، والفعل يقوم مقام اللفظ إذا جرى ذلك في عرف الناس، أمّا إذا لم يكن الفعل معروفاً عند الناس بدلالته على قبول الشركة فإنّه في هذه الحالة لابدّ من ذكر اللفظ صراحة، وهذا يحصل بكل لفظ يدلّ على الشركة، والله أعلم.

---

(1) ينظر: التوضيح: 333/6.

(2) العناية: 154/6، المختصر الفقهي: 9/7، روضة الطالبين: 275/4، دقائق أولي النهى: 209/2.

(3) الهداية: 5/3.

(4) روضة الطالبين: 275/4.

(5) التوضيح: 336/6، منح الجليل: 251/6.

(6) دقائق أولي النهى: 209/2.

المسألة الثانية: عمل الشريك:

أولاً: الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال الكاساني: (وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة؛ لأن الإذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقا ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم البيع نقدا ونسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا إلا بما لا يتغابن الناس في مثله)[1].

وقال البهوتي: (ويملك الشريك البيع نَساءً أي إلى أجل معلوم؛ لأنه من عادة التجار)[2].

أي إنّ العرف يقضي بأنّه يجوز للشريك أن يتصرف في حصة شريكه، فله أن يبيع ويشتري نقداً ونسيئة.

ثانياً: عمل الشريك في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أنّه يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في حصة الشريك الآخر بإذنه، فيجوز لأحدهما أن يبيع ويشتري نقداً ونسيئة، وبغير نقد البلد بإذن الآخر[3].

أمّا إذا لم يأذن صراحة أو أطلق العقد، فقد اختلف الفقهاء فيه على مذهبين:

المذهب الأول: أنه يجوز لأحد الشريكين أن يبيع ويشتري بثمنٍ مؤجل، وبغير نقد البلد، إذا كان فيه مصلحة، وإن لم يأذن به شريكه، وإليه ذهب الحنفية[4]، والمالكية[5]، والحنابلة[6].

---

(1) بدائع الصنائع: 68/6.

(2) بدائع الصنائع: 68/6.

(3) المبسوط: 156/11، بدائع الصنائع: 68/6، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 352/3، روضة الطالبين: 283/4، المغني: 147/7.

(4) التجريد: 3096/6، بدائع الصنائع: 68/6،

(5) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 352/3.

(6) كشاف القناع: 501/3.

لأنّ الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم البيع والشراء نقداً وبثمن مؤجل، وكذلك التعامل بغير نقد البلد[1].

المذهب الثاني: أنه لا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في حصة شريكه بدون إذنه، فليس له أن يبيع ويشتري بثمنٍ مؤجل، وبغير نقد البلد، وهو مذهب الشافعية[2]، ورواية عن أحمد[3].

وذلك بالقياس على الوكيل، فإنه لا يجوز له ذلك، فكذلك الشريك، وأنّه نائب عنه، ولا يجوز له مخالفته، ولا يجوز له أن يتصرف إلا على وجه الاحتياط، وهو منفي في البيع المؤجّل[4].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور على أنّه يجوز للشريك أن يتصرف في مال الشركة إن كان فيه مصلحة لهما، وهو ما جرى عليه عرف التجار، والله أعلم.

المسألة الثالثة: تضمين الشريك:

الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال ابن تيمية: (إذا كان الشريك قد اعتدى ففعل ما لم تأذن به الشريعة ولا المالك؛ لا لفظا ولا عرفا فهو ضامن لما تلف بجنايته)[5].

---

(1) بدائع الصنائع: 68/6.

(2) المهذب: 335/3، كفاية الأخيار: 370.

(3) المغني: 7/147-151.

(4) مغني المحتاج: 227/3، المغني: 147/7.

(5) مجموع الفتاوى: 93/30.

وهذا الذي ذكره ابن تيمية رحمه الله متفق عليه بين الفقهاء حيث أنّ الضمان لا يكون إلا بالتعدّي[1].

قال ابن رشد (ت: 595هـ): (ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق)[2].

فإنّ الشريك أمينٌ في مال الشركة وأنّه لا ضمان عليه إلا بالتعدي والتفريط، ولأنّ يد أحد الشريكين على مال الآخر بمثابة يد المالك، ولذلك لو تلفت العين تحت يده بدون تعدٍ، فإنّه غير ضامن بالاتفاق[3].

المطلب الخامس: الوكالــة

أولاً: مفهوم الوكالة:

1. الوكالة لغة: وكَلَ الأمرُ إليه، يكِلُ، وكلاً ووكولاً: فوّضه إليه، واكتفى به، والوكيل: فعيل بمعنى مفعول: وهو موكول إليه، ويأتي بمعنى الفاعل: وهو الحافظ، والجمع: وكلاء، والوَكالة، والوِكالة: من وكّل يُوَكِّل توكيلاً: وهو القيام بأمر غيره، وتفويض الأمر إليه، وتوكلت على الله: اعتمدت عليه، وألجأتُ إليه[4].

2. الوكالة اصطلاحاً: (عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم)[5].

---

(1) ينظر: تبيين الحقائق: 319/3، وردّ المحتار: 320/4، وبداية المجتهد: 646، والمجموع/8/14، ودقائق أولي النهى: 214/2 ، والمسائل الفقهية المبنية على العرف عند ابن تيمية: 628.

(2) بداية المجتهد: 646.

(3) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: 1058/2.

(4) المصباح المنير: 670/2، لسان العرب: 272/15- 273.

(5) الكليات: 947.

فالوكالة هي أن يفوّض الإنسان غيره تصرفا معلوما، لكي يفعله في حياته[1].

ثانياً: مشروعية الوكالة:

الوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ:[إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ] [التوبة: 60].

وجه الدلالة: فوّض الله سبحانه وتعالى أمر الزكاة إلى العاملين عليها، نيابة عن المستحقين[2].

2. السنة النبوية: روي عن جابر ﷺ أنه قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ، فسلمت عليه، وقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر فقال: ((إِذَا أَتيتَ وَكيلِي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عشرَ وَسَقاً))[3].

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ أخبر جابرا ﷺ أنّ له وكيلاً، وهذا يدل على جواز الوكالة[4].

2. الإجماع: انعقد إجماع الفقهاء على جواز الوكالة[5].

---

(1) ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 477.

(2) المغني: 196/7.

(3) سنن أبي داود: 475/5، كتاب الأقضية، باب في الأقضية، رقم الحديث: 3632، والحديث إسناده حسن، ينظر: التلخيص الحبير: 123/3.

(4) ينظر: البيان: 393/6.

(5) البحر الرائق: 141/7، المختصر الفقهي: 58/7، مغني المحتاج: 231/3، المغني: 196/7.

ثالثاً: الوكالة والعرف:

المسائل الفقهية التي احتجّ الفقهاء بالعرف فيها هي ما يأتي:

المسألة الأولى: تصرفات الوكيل:

تصرفات الوكيل مقيدة بما حُدّد له من جهة الموكِّل، فيجب على الوكيل أن يراعي القيد، وإن خالف فإنّه يكون آثماً ومتعدياً، وهذا متفق عليه بين الفقهاء[1].

أمّا إذا كانت الوكالة مطلقة، فإنّ تصرفات الوكيل تكون في حدود المتعارف عليه، وهو مذهب جمهور الفقهاء، لأنّ الإذن بالتصرف يُعرف من جهة النطق أو العرف، فإن لم يكن هناك نطق، يكون المرجع في تصرفات الوكيل هو العرف[2].

وخالف أبو حنيفة جمهور الفقهاء، حيث ذهب إلى أنّ المطلق يجري على إطلاقه، مالم يقم دليل على تقييده، وأنّه لا يُثبت بالعادة[3].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، وهو أنّ الإذن المطلق في الوكالة يُحمل على ما تعارف عليه الناس، وأنّ تصرفات الوكيل مقيدة بالعرف عند غياب النطق، والله أعلم.

وفيما يأتي أقوال الفقهاء في احتجاج الفقهاء بالعرف في الوكالة:

1. مطلق الإذن في الوكالة يُحمل على العرف:

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع: 29/6، وتبيين الحقائق: 266/4، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 381/3، ومنح الجليل: 369/6-370، والمهذب: 351/3، وكفاية الأخيار: 375، والكافي في فقه الإمام أحمد: 140/2، ودقائق أولي النهى: 190/2.

(2) ينظر: المبسوط: 39/19- 40، والهداية: 145/3، والتوضيح: 384/6، ومنح الجليل: 373/6، والمهذب: 351/3، والمجموع: 109/14، والكافي في فقه الإمام أحمد: 140/2، ودقائق أولي النهى: 190/2.

(3) المبسوط: 40/19، بدائع الصنائع: 29/6.

قال الكاساني في الوكالة: (فأما إذا كان مطلقا فإنه يراعى فيه الإطلاق ما أمكن، إلا إذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره)[1].

قال العراقي في الوكالة: (وإن أطلق حُمل على المتعارف في مثله)[2].

وقال الروياني (ت 502هـ): (مطلق الإذن يحتمل على العرف والعادة المستقرة)[3].

وقال ابن تيمية: (الإذن العرفي في الإباحة أو التمليك أو التصرف بطريق الوكالة: كالإذن اللفظي، فكل واحد من الوكالة والإباحة ينعقد بما يدل عليها من قول وفعل)[4].

الوكالة إمّا أن تكون مطلقة أو مقيدة، ففي الوكالة المقيدة يراعى فيه القيد إجماعاً[5]، أما الوكالة المطلقة فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الإذن المطلق في الوكالة يقيده العرف، وأنّه لا يجوز للموكّل أن يبيع إلا بيعاً صحيحاً، أمّا البيع الفاسد فلا يصح[6]، وخالفهم الحنفية حيث قالوا بأنّ الوكالة المطلقة تجري على اطلاقها، فله أن يبيع جميع مال موكله بما يراه مناسباً[7].

2. الإطلاق يقتضي السلامة من العيب:

---

(1) بدائع الصنائع: 29/6.

(2) تحرير الفتاوى: 107/2.

(3) بحر المذهب: 59/6.

(4) مجموع الفتاوى: 20/29، الفتاوى الكبرى: 14/4.

(5) بدائع الصنائع: 29/6.

(6) ينظر: القوانين الفقهية: ص216، والحاوي الكبير: 529/6، وكشاف القناع: 482/3.

(7) ينظر: درر الحكام: 607/3.

قال أبوبكر المصنف: (والكيل بالشري لا يشتري المعيب، لأنّ الإطلاق يقتضي السلامة عرفاً، فهو كالمشروط شرعاً)[1].

لا يجوز للوكيل أن يشتري معيباً، لأن إطلاق الوكالة يقتضي السلامة من العيب[2].

3. الأجل يحدده العرف:

قال ابن الحاجب: (بع إلى أجل، يقيده العرف)[3].

وقال الرملي (ت 1004هـ): (وإن أطلق الأجل صح التوكيل في الأصح وحمل الأجل على المتعارف بين الناس في مثله)[4].

وقال ابن قدامة: (وإن أطلق الأجل، جاز، وحمل على العرف في مثله؛ لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف)[5].

أي أنّ الأجل إذا أطلق في البيع، يُحمل على ما جرى عليه العرف في مثل هذا البيع.

4. الإطلاق يقتضي البيع بالنقد المعروف في البلد:

قال أفندي (ت 1353هـ): (الاشتراء على الإطلاق من دون ذكر نقود أو غيرها يصرف للتوكيل بالشراء بالنقود؛ لأن المعروف هو هذا)[6].

---

(1) الوضوح: 537/4.

(2) ينظر: لوامع الدرر: 178/10، والبيان: 422/6، كشاف القناع: 442/8.

(3) جامع الأمهات: 398.

(4) نهاية المحتاج: 34/5.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد: 140/2

(6) درر الحكام: 592/3.

وقال الحصني: (العرف يدل على ذلك فهو بمنزلة التنصيص عليه ألا ترى أن المتبايعين إذا أطلقا العقد حمل على الثمن وعلى نقد البلد)[1].

أي أنّ الوكيل عليه أن يبيع السلعة بالعملة المتداولة في السوق، وليس له أن يبيع بغير ما تعارف عليه الناس في بيوعهم[2].

5. الغبن اليسير لا يؤثر في البيع:

قال العمراني: (إن باع الوكيل بأقل من ثمن المثل مما يتغابن الناس بمثله، أو اشترى بأكثر من ثمن المثل مما يتغابن الناس بمثله، صح)[3].

وقال الحجاوي (ت 968): (فأما ما يتغابن الناس بمثله: كالدرهم في العشوة فمعفو عنه)[4].

أي أنّ المرجع في معرف الغبن المانع للبيع هو ما كان فاحشاً عند الناس، وما تهاون عليه الناس، لا يؤثر في البيع[5].

وأما أن يبيع الوكيل الشيء أو يشتريه بما لا يتغابن الناس في مثله فقد اتفق الفهاء أنّ فعله هذا باطل مردود[6].

6. ليس للوكيل أنْ يبيع لنفسه وولده:

---

(1) كفاية الأخيار: 274.

(2) ينظر: درر الحكام: 592/3، ومنح الجليل: 376/6، وكفاية الأخيار: 274، وكشاف القناع: 473/3.

(3) البيان: 343/6.

(4) الإقناع: 240/2.

(5) ينظر: درر الحكام: 590/3، والمعونة على مذهب عالم المدينة: 1239/2، والبيان: 343/6، والإقناع: 240/2.

(6) ينظر: الاستذكار: 539/6.

قال الحصني: (ليس للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه وكذا ليس له أن يبيع لولده الصغير لأن العرف يقتضي ذلك)[1].

وقال البهوتي: (ولا يصح بيع وكيل شيئا وكل في بيعه لنفسه، لأن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه)[2].

أنّ العرف يقضي بأنّ الوكيل لا يجوز له أن يبيع لنفسه لكي لا يتضرر الموكّل، ولا يُتهمَ الوكيلُ بأنه اشترى لمصلحته بسعر أقل من سعر السوق[3].

المسألة الثانية: ضمان الوكيل:

الوكيل أمين، وهو نائب عن الموكِّل في التصرف، ولا يضمن إلا بالتعدي والتقصير، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء[4].

والمرجع في معرفة التعدي هو العرف، ومن وجوه التعدي أن يستعمل الوكيل ما وكّل إليه بالبيع خارج المعتاد.

قال الشرواني: (ومن ذلك ما يقع كثيرا من لبس الدلالين للأمتعة التي تدفع إليهم وركوب الدواب أيضا التي تدفع إليهم لبيعها ما لم يأذن في ذلك، أو لم تجر به العادة ويعلم الدافع بجريانها بذلك وإلا فلا يكون تعديا لسكن يكون عارية فإن تلف بالاستعمال

---

(1) كفاية الاخيار: ص274.

(2) كشاف القناع: 473/3.

(3) ينظر: درر الحكام: 593/3، والكافي في فقه أهل المدينة: 791/2، وكفاية الاخيار: ص274، وكشاف القناع: 473/3.

(4) ينظر: البحر الرائق: 141/7، والكافي في فقه أهل المدينة: 789/2، والمهذب: 374/3، والمبدع: 347/4، والموسوعة الفقهية الكويتية: 236/12.

المأذون فيه حقيقة، أو حكما بأن جرت به العادة كما مر، فلا ضمان وإلا ضمن بقيمته وقت التلف)[1].

وقال المدرس: (يعتبر من التعدي والتقصير أن يركب الوكيل الدابة التي وكلت إليه للبيع، أو يلبس الملابس المراد بيعها، لكن إذا أذن له المالك، أو كان من عادة البلاد أن للوكيل ركوب الدابّة، أو ركوبها كسمسار، أو لبس الملابس المراد بيعها، فإنّ هذه الاستعمالات لا تعتبر من التعدي والتقصير)[2].

المسألة الثالثة: توكيل الوكيل غيره:

للوكيل مع توكيل غيره فيما وكّل إليه خمس حالات:

الحالة الأولى: أن يجيز الموكِّل للوكيل أن يوكّل غيره، فله أن يوكّل في هذه الحالة، ولا يوكّل إلا أميناً، وهو ما اتفق عليه الفقهاء[3].

قال خليل: (وحيث قلنا أن للوكيل التوكيل، فلا يوكّل إلا أميناً، لأنّ العادة إنّما تدلّ على ذلك)[4].

الحالة الثانية: أن يمنع الموكِّل الوكيل توكيل غيره، فلا يجوز له أن يوكّل غيره اتفاقاً[5].

الحالة الثالثة: أن يفوضه الوكيل، ويقول له: (وكلتك، فاصنع ما شئتَ).

---

(1) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: 333/5.

(2) شةريعةتى ئيسلام: 138/2.

(3) البناية: 284/9، الذخيرة: 12/8، المهذب: 352/3، المغني: 208/7.

(4) التوضيح: 410/6.

(5) البناية: 284/9، الفواكه الدواني: 230/2، المجموع: 112/14، المغني: 207/7، كشاف القناع: 466/3.

ففي هذه الحالة ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية في وجه[3]، والحنابلة[4]، على أنّه يجوز للوكيل أن يوكّل غيره، لأنّ هذا تفويض ولفظ عام، يدخل فيه عموم التوكيل[5].

وذهب الشافعية في الأصحّ، على أنّه لا يجوز له في هذه الحالة توكيل غيره، لأنّ قوله: ما شئت، يحتمل الإذن في التوكيل، والإذن في التصرف، فلا يجوز له التوكيل بأمر محتمل[6].

والراجح هو قول الجمهور، لأنّ قوله: اصنع ما شئت، لفظ عام، وتفويض له بفعل ما يرى فيه المصلحة، والله أعلم.

الحالة الرابعة: أن يوكّله وكالة مطلقة فيما يتولاه بنفسه، ويقدر عليه.

ففي هذه الحالة ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[7]، والمالكية[8]، والشافعية[9]، والحنابلة[10]، إلى

---

(1) ينظر: المبسوط: 159/19، ومجمع الأنهر: 240/2.

(2) ينظر: المختصر الفقهي: 102/7، والفواكه الدواني: 230/2.

(3) ينظر: المهذب: 353/3.

(4) ينظر: المغني: 208/7.

(5) ينظر: المبسوط: 159/19، والفواكه الدواني: 230/2، والمغني: 208/7.

(6) البيان: 413/6، روضة الطالبين: 314/4.

(7) البناية: 284/9.

(8) الذخيرة: 12/8.

(9) المهذب: 352/3، وبحر المذهب: 45/6.

(10) المبدع: 329/4.

أنه لا يجوز للوكيل أن يوكّل غيره فيما يستطيع أن يتولاه بنفسه، لأنّ الإذن له بالوكالة لا يعني الإذن لغيره، لأنّه ليس في العرف إذا رضيه، أن يرضى غيره ووكيله[1].

وذهب ابن أبي ليلى، وأحمد في رواية، إلى أنّه يجوز له أن يوكّل غيره في الأمر الذي يستطيع أن يتولاه بنفسه، لأنّ الوكيل له أن يتصرف كالمالك، لأنه نائب له[2].

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، لأنّ الوكيل لا يملك مطلق التصرف، وليس كالمالك مطلقاً، فلا يجوز له أن يوكّل ما يتولاه بنفسه، دون إذن مسبق من الموكّل، والله أعلم.

الحالة الخامسة: أن يوكّله وكالة مطلقة في أمرٍ هو لا يستطيع أن يتولاه بنفسه عرفاً، أو لا يليق به عادة.

ففي هذه الحالة ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى أنّه يجوز أن يوكّل غيره[3].

استدلوا بالعرف: حيث إن العرف يقضي بأن الوكيل لا يستطيع القيام بما وكّل إليه، فجاز له توكيل غيره، ليعينه في ذلك[4].

قال الحطاب (المتوفى 954هـ): (يمتنع توكيل الوكيل إلا إذا كان الشيء الموكل فيه لا يليق بالوكيل تعاطيه، فيجوز له أن يوكل من يتعاطاه أو يكون الموكل فيه كثيرا يعلم بقرينة العادة أن الموكل لا يستقل بالتصرف فيه، فيجوز له أن يوكل من يعينه)[5].

---

(1) ينظر: البناية: 284/9، وبحر المذهب: 45/6، والمبدع: 329/4.

(2) المغني: 209/7.

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 388/3، منح الجليل: 390/6، المهذب: 353/3، المجموع: 112/14، المغني: 208/7، المبدع: 330/4.

(4) ينظر: مواهب الجليل: 201/5، وبحر المذهب: 45/6، المغني: 208/7.

(5) مواهب الجليل: 201/5.

وقال الروياني: (وإن كان مما لا يمكن أن يتولاه بنفسه ولا بد من معونة غيره جاز له التوكيل فيه وجهًا واحدًا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان: أحدهما: يجوز كعامل القراض. والثاني: وهو الأصح لا يجوز لأنه غير مأذون فيه. وهذا غلط لأنه يقتضيه العرف والعادة لعلمه أنه لا يمكنه القيام به)[1].

وقال ابن قدامة: (أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله، كالأعمال الدنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه، أو غير ذلك، فإنه يجوز له التوكيل فيه؛ لأنه إذا كان مما لا يعمل الوكيل عادة، انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه)[2].

وذهب الحنفية[3]، والشافعية في وجه[4]، إلى أنّ الوكيل لا يجوز له أن يوكّل غيره في هذه الحالة عند عدم وجود الإذن بالتوكيل[5].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ الموكلّ فوّض التصرف إلى الوكيل، ورضي به وبآرائه دون غيره، وفي ظن الموكلّ هو الأقوى والأجدر بهذه الوكالة، فلا يجوز أن يوكل غيره مما هو أدنى منه في نظر الموكّل[6].

والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور في جواز توكيل الوكيل وكيلاً غيره في الأمر الذي لا يقدر عليه، أو لا يليق بمقامه، وهو ما تعارف عليه الناس، فالموكل عالم بحال الوكيل وقدرته، فكأنّه أذن له أن يوكل غيره، والله أعلم.

---

(1) بحر المذهب: 45/6.

(2) المغني: 208/7.

(3) البناية: 284/9.

(4) بحر المذهب: 45/6.

(5) ينظر: البناية: 284/9، وبحر المذهب: 45/6.

(6) ينظر: العناية: 99/8.

المبحث الثاني: عقود التوثيق

المطلب الأول: الكفالة والضمان

أولاً: مفهوم الكفالة والضمان:

1. الكفالة لغة: مصدر من كَفَلَ يكفُلُ، وكفلتُهُ: تحمّلْتُ، والتزمْتُ، والكفيل: الضامن، وكّفل عنه المال لغريمه، وأكفله المالَ: ضمّنه إياه(1).

2. الضمان لغة: مصدر من ضَمِنْتُ المالَ: التزمتُهُ، فهو ضامنٌ وضمينٌ، وضمَّنتُهُ: التزمتُه إياه، والكفالة تسمى ضماناً، لأنّه إذا ضمِنه فقد استوعب ذمّته(2).

3. الضمان والكفالة اصطلاحاً: هما لفظانِ مترادفان، ويُطلَق عليهما الحمّالة أيضاً، فالكفالة والضمان والحمّالة أسماءٌ بمعنى واحد في أصل اللغة العربية والفقه، فمَنْ قال لشخصٍ: أنا كفيل أو حميل بما لك عن فلانٍ فهو ضامن(3).

قال الماوردي (ت: 450هـ): (ومعنى جميعها واحد، غير أنّ العرف جارٍ بأنّ الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور، والصبير في الجميع)(4).

---

(1) مختار الصحاح: 574، والمصباح المنير: 536/2.

(2) معجم مقاييس اللغة: 372/3، المصباح المنير: 364/2.

(3) ينظر: بدائع الصنائع: 2/6، وشرح التلقين: 135/3، ومغني المحتاج: 198/3، والكافي في فقه الإمام أحمد: 129/2، والمحلى: 396/6.

(4) الحاوي الكبير: 431/6.

وبناء على هذا، فعند الحنفية يسمى هذا الباب بالكفالة، وهي الكفالة بالنفس، والكفالة بالمال[1].

وعند المالكية يسمى هذا الباب بالحمّالة، وهي نوعان: الحمّالة بالنفس والحمّالة بالمال[2].

أمّا عند الشافعية[3]، والحنابلة[4]، فعندهم يسمى هذا الباب بالضمان، ومطلق الضمان ينصرف إلى الضمان بالمال، ومطلق الكفالة ينصرف إلى الكفالة بالنفس.

وعلى هذا جاء تعريف الكفالة بعبارات مختلفة عند الفقهاء:

فعند الحنفية: (هي ضم الذمّة إلى الذمة في المطالبة)[5].

وعند المالكية: (هي شغل ذمّة أخرى بالحقّ)[6].

وعند الشافعية: (حقّ ثابت في ذمة الغير، أو إحضار مَنْ هو عليه عين مضمونة)[7].

وعند الحنابلة: (هي ضمّ ذمّة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق)[8].

ولا يخرج التعريف الاصطلاحي للضمان والكفالة عن التعريف اللغوي، وهو الضم والالتزام، وأنّ هذه التعريفات متفقة من حيث المعنى، وإن اختلفت عباراتهم، فالأولى

---

(1) ينظر: المبسوط: 162/19، والعناية: 164/7.

(2) ينظر: شرح التلقين: 135/3، وبداية المجتهد: 679.

(3) ينظر: الحاوي الكبير: 430/6، والمهذب: 3/311-322، وكفاية الأخيار: 364-368.

(4) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد: 2/129-134، وكشاف القناع: 362/3.

(5) الهداية: 87/3، مجمع الأنهر: 124/2.

(6) شرح التلقين: 135/3.

(7) مغني المحتاج: 198/3.

(8) المغني: 71/7.

بالقبول هو تعريف الحنابلة، لأنّه تعريف شامل يشمل نوعي الضمان، وهو الضمان بالنفس والمال.

ثانياً: مشروعية الضمان:

الأصل في مشروعية الضمان القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع:

1. القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72].

وجه الدلالة: أنّ الزعيم في الآية هو الكفيل الضامن، وهو شرع مَنْ قبلنا، وقد ثبت هذا الحكم في شريعتنا، ولم ينقل نسخه[1].

2. السنة النبوية: عن أبي أمامة الباهلي ﷺ، أنّه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((الزَّعِيمُ غَارِمٌ، والدَّيْنُ مَقْضِيٌ))[2].

وجه الدلالة: أنّ الكفيل ضامنٌ، أي يلزم عليه أداء ما عليه[3].

3. الإجماع: أجمعت الأمة على مشروعية الضمان والكفالة[4].

والمسائل الفقهية المبنية على العرف في هذا الباب عند الفقهاء هي كالآتي:

---

(1) ينظر: المبسوط: 161/19، الذخيرة: 191/9، البيان: 303/6.

(2) سنن الترمذي: 433/4، أبوب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، رقم الحديث: 2120 وقال: وهو حديث حسن، سنن ابن ماجه: 482/3، أبوب الصدقات، باب الكفالة، رقم الحديث: 2405، وقال الهيثمي: رجاله ثقات: مجمع الزوائد: 145/4.

(3) البحر الرائق: 224/6، المبدع: 233/4.

(4) الذخيرة: 191/9، مغني المحتاج: 198/3، الشرح الكبير على متن المقنع: 70/5.

المسألة الأولى: الصيغة:

أولاً: الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال ابن عابدين: (اعلم أن ألفاظ الكفالة كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة)[1].

وقال خليل: (وينبغي أن يعتمد هنا على الألفاظ التي يستعملها العرف في الضمان لا على غيرها)[2].

وقال ابن تيمية: (إنّه يصحّ بكل لفظ يُفهم منه الضمان عرفا)[3].

أي أنّ الضمان والكفالة والحمالة تنعقد بهذه الألفاظ أو بغيرها من الألفاظ المتداولة في عادات الناس وأعرافهم.

ثانياً: صيغة الضمان في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أنّ الألفاظ التي ينعقد بها الضمان هي أن يقول الضامن: أنا كفيل، أو ضمين، أو حميل، أو زعيم، أو قبيل، فهي ألفاظ مترادفة [4].

واتفقوا على أنّ الضمان بالنفس أو المال ينعقد بهذه الألفاظ إذا ذكر المضمون صراحةً، كأن يقول أنا ضامن لما على فلان من المال، أو ضامن أو كفيل لنفس فلان، ففي هذه الحالة يكون ضامناً بما قُيدت به الصيغة[5].

---

(1) رد المحتار: 286/5.

(2) التوضيح: 334/6.

(3) الفتاوى الكبرى: 394/5.

(4) ينظر: بدائع الصنائع: 2/6، الذخيرة: 189/9، مغني المحتاج: 212/3، الكافي في فقه الإمام أحمد: 129/2، المحلى: 396/6.

(5) الدر المختار: 286/5، المختصر الفقهي: 526/6، تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 267/5، كشاف القناع: 363/3، 375/3، الفقه على المذاهب الأربعة: 203/3.

أمّا انعقاد الضمان بغير هذه الألفاظ، فقد اختلف الفقهاء فيه على مذهبين:

المذهب الأول: أنّ الضمان ينعقد بكل لفظ يُفهم منه الضمان عرفاً، وهو مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنابلة[3].

استدلوا بالقياس: لأنّ هذه الألفاظ غير محدودة في الشرع، فيرجع في ذلك إلى استعمالها في عرف الناس وعاداتهم، وذلك بالقياس على القبض[4].

المذهب الثاني: أنّ الضمان ينعقد بكلّ لفظ يُشعر به الالتزام، كضمنت لفلانٍ دينه، أو تكلفت ببدنه، وهو مذهب الشافعية[5].

استدلوا بالمعقول: حيث إنّ الأصل في انعقاد العقد هو الرضا، ولأنّ السبيل إلى معرفته هو هذه الألفاظ التي تدلّ على الالتزام[6].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، لأنّ الضمان ينعقد بالألفاظ التي يستعملها الناس في معاملاتهم، وما جرى في أعرافهم، لأنّ الألفاظ تختلف من منطقة إلى أخرى، فالاعتماد على العرف يبين المقصود، والله أعلم.

المسألة الثانية: مكان تسليم المكفول عنه:

أولاً: الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

---

(1) البحر الرائق: 226/6، الدر المختار: 286/5.

(2) التوضيح: 685/9، لوامع الدرر: 685/9.

(3) المبدع: 233/4، الإنصاف: 190/5.

(4) كشاف القناع: 363/3.

(5) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 267/5، مغني المحتاج: 213/3، حاشية الجمل: 386/3.

(6) حاشية الجمل: 386/3.

قال الحصني: (إن عين مكان التسليم تعين وإلا وجب التسليم في مكان الكفالة لأن العرف يقتضي)[1].

قال أبوبكر المصنف: (المكان الذي وجب تسليمه فيه إمّا بتعيين الشرط، أو العرف)[2].

ثانياً: مكان تسليم المكفول عنه في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على أنّ الكفيل بالنفس مطالب بتسليم المكفول في المكان الذي اتفقا على اشتراطه[3].

أمّا عند عدم تعيين مكان التسليم، فقد اختلف الفقهاء فيه على مذهبين:

المذهب الأول: على الكفيل أو الضامن أن يقوم بتسليم النفس للمكفول له في مكان فيه حكم وسلطان، وإلى هذا ذهب الحنفية[4].

واحتجوا بالمعقول: فالقصد من الكفالة هو إمكان وصول المكفول له إلى حقّه، ويحصل ذلك بالمرافعة إلى القاضي أو الحاكم، فبذلك يبرأ ذمة الضامن والكفيل[5].

المذهب الثاني: أنّه يجب تسليم المكفول له في مكان العقد، وإليه ذهب الشافعية[6]، والحنابلة[7].

---

(1) كفاية الأخيار: ص269.

(2) الوضوح: 474/4.

(3) ينظر: بدائع الصنائع: 12/6 ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 344/3، والتوضيح: 324/6، ونهاية المحتاج: 449/4، كشاف القناع: 378/3.

(4) بدائع الصنائع: 12/6، العناية: 169/7.

(5) بدائع الصنائع: 12/6.

(6) المهذب: 325/3، البيان: 348/6.

(7) كشاف القناع: 378/3.

واستدلوا بالقياس: وذلك بالقياس على السلم فإنه يجب فيه تسليم المسلم فيه في مكان العقد عند عدم التعيين[1].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، لأنه أين تمكن المكفول له إلى المكفول، فثمّ موضع التسليم، وتحديد التمكين، والوصول إلى المكفول يحدده العرف، والله أعلم.

المسألة الثالثة: قضاء الضامن الدين عن المضمون عنه بإذنه:

الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال الخطيب الشربيني (المتوفى 977هـ): (ومن أدى دين غيره بإذن ولا ضمان رجع وإن لم يشرط الرجوع للعرف بخلاف ما إذا أداه بلا إذن لأنه متبرع)[2].

وهذا ما اتفق عليه الفقهاء بأنّه مَن أدّى دين غيره بإذنه، فإنّه يثبت له حقّ رجوع الدين على المضمون عنه[3].

قال ابن هبيرة (المتوفى 560هـ): (واتفقوا على أنّه إذا ضمن حقّاً على رجل بإذنه وأدّاه، أنّه يجب له الرجوع به على المضمون عنه)[4].

---

(1) المصدر نفسه.

(2) الإقناع: 314/2.

(3) ينظر: بدائع الصنائع: 13/6، تبيين الحقائق: 155/4، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 334/3، ومنح الجليل: 202/6، والمهذب: 319/3، والبيان: 325/6، والكافي في فقه الإمام أحمد، 132/2، والمبدع: 238/4، والموسوعة الفقهية الكويتية: 13/22.

(4) إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 26/2.

المطلب الثاني: الإقـــرار

أولاً: مفهوم الإقرار:

1. الإقرار لغة: مِن أقرَّ يُقِرُّ بالشيء إقراراً: أي اعترف به، وهو ضد الإنكار والجحود[1].

2. الإقرار اصطلاحاً: (هو إخبار عن ثبوت حقّ للغير على نفسه)[2].

ثانياً: حجية الإقرار:

دلّ على مشروعية الإقرار الكتاب والسنة والإجماع:

1. الكتاب العزيز: قول الله ﷻ: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾ [آل عمران: 81].

وجه الدلالة: أنّ الله سبحانه وتعالى بيّن أنّ الإقرار حجة، فهي شهادة الإنسان على نفسه بالحق[3].

2. السنة النبوية: روي عن أبي هريرة ﷺ أنّ رسول الله ﷺ قال: ((اغْدُ يَا أُنَيْسُ[4] إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا)) قال: ((فَغَدَا عَلَيْهَا، فَاعْتَرَفَتْ، فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَرُجِمَتْ))[5].

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 8/5، المصباح المنير: 496/2.

(2) فتح القدير: 317/8، الموسوعة الفقهية الكويتية: 234/1.

(3) البيان: 417/13، الموسوعة الفقهية الكويتية: 234/1.

(4) هو أنيس بن الضحاك الأسلمي، ينظر: أسد الغابة: 302/1، الإصابة في تمييز الصحابة: 287/1.

(5) متفق عليه: صحيح البخاري: 191/3، كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود، رقم الحديث: 2724، صحيح مسلم: 1324/3، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، رقم الحديث: 1697.

وجه الدلالة: أنّ المرأة قد اعترفت على نفسها وأقرّت، فالإقرار هو إثبات الشيء على نفسه، ينفي به الشك، فهو أوكد من الشهادة[1].

3. الإجماع: لا خلاف بين فقهاء المسلمين على حجية الإقرار[2].

والمسائل الفقهية المبنية على العرف في هذا الباب عند الفقهاء هي كالآتي:

المسألة الأولى: صيغة الإقرار:

الصيغة في الإقرار: هي ما ثبت للمقرّ له من لفظ المقرّ أو كتابته أو إشارته[3].

الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال الحصكفي: (الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية)[4].

وقال المازري (المتوفى 536هـ): (المتَبَع في ذلك حكم الألفاظ في اللغة أو العرف، وقد يختلف عرف الناس في ذلك باعتماد على ما أشرنا إليه من قول القائل)[5].

وقال قاضي شهبه (المتوفى 874هـ): (أن الإقرار يُحمَل على مفهوم أهل العرف لا على دقائق العربية)[6].

وقال البهوتي: (ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق باللفظ كالطلاق والعتاق والأيمان والأقارير بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها بل

(1) كشاف القناع: 453/6.

(2) الذخيرة: 257/9، البيان، 417/13، كشاف القناع: 453/6.

(3) ينظر: المختصر الفقهي: 128/7.

(4) الدر المختار: 528.

(5) شرح التلقين: 63/3.

(6) بداية المحتاج: 282/2.

يحملها على ما اعتادوه وعرفوه وإن كان الذي اعتادوه مخالفا لحقائقها الأصلية اللغوية)[1].

وهذا ما اتفق عليه الفقهاء بأنّ مطلق الألفاظ مبنية على العرف والعادة، وعند بيان ما قُصد من الإقرار يُرجع فيه إلى العرف[2].

المسألة الثانية: الاستثناء في الإقرار:

الاستثناء: هو استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه، كأن يُقّر بشيء، ويُستثنى منه، كان مقرا بالباقي بعد الاستثناء، كأن يقول: له علي مائة إلا عشرة، كان مقرا بتسعين[3].

أولاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في هذه المسألة:

قال الخطيب الشربيني: (ويصح الاستثناء بإلا أو إحدى أخواتها في الإقرار ....إذا اتصل المستثنى بالمستثنى منه عرفا)[4].

وقال ابن عقيل (المتوفى 513هـ): (وإذا كان بين الإقرار والاستثناء زمان يقطع الكلام في العادة بطل الاستثناء)[5].

أي أنّ الفصل بين المستثنى والمستثنى منه يضرّ بالإقرار، إذا كان الفصل طويلاً ومخالفاً للعرف.

---

(1) كشاف القناع: 304/6.

(2) ينظر: تبيين الحقائق: 7/5، والدر المختار: 445/4، والذخيرة: 25/7، وتحفة المحتاج في شرح المهاج: 366/5، وحاشية الجمل: 429/3، وكشاف القناع: 304/6، والموسوعة الفقهية الكويتية: 677/10.

(3) ينظر: بدائع الصنائع: 210/7، المغني: 292/7.

(4) الإقناع: 327/2.

(5) التذكرة: ص152.

ثانياً: الاستثناء في الإقرار في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على جواز الاستثناء في الإقرار، وإن اختلفوا في تفاصيله[1]، واختلفوا في مسألة الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه على مذهبين:

المذهب الأول: يجب أن يتصل المستثنى بالمستثنى منه، فإنّ الفصل يضرّ إذا كان خلاف العادة، وهو مذهب الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

استدلّ أصحاب هذا المذهب بالمعقول: حيث إنّ التعبير في الكلام إنّما يصحّ عندما يكون متصلاً، فإنّه يكون بمثابة الكلام الواحد، أمّا الكلام المفصول فإنّه بمنزلة تبديل الكلام، فإذا سكت الضامن بين المستثنى والمستثنى منه، أو فصل بينهما بكلام أجنبي فقد استقرّ الإقرار[6].

المذهب الثاني: يعمل بالاستثناء وإنْ كان مفصولاً عن المستثنى منه، وهو قول ابن عباس رضي الله عنه، ومجاهد، ورواية عن أحمد[7].

وفي رواية عن ابن عباس ﷺ أنّه كان يرى الاستثناء ولو بعد سنة[8].

---

(1) ينظر: البحر الرائق: 252/7، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 410/3، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج: 396/5، والمغني: 292/7، وإجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 453/2.

(2) ينظر: المبسوط: 191/17، وتبيين الحقائق: 20/5.

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 410/3.

(4) كفاية الأخيار: 379.

(5) دقائق أولي النهى: 630/3.

(6) ينظر: المبسوط: 19/17، ودقائق أولي النهى: 630/3، ومنار السبيل: 512/2.

(7) المبسوط: 191/17، المغني: 485/3.

(8) السنن الكبرى للبهقي: 82/10، كتاب الأيمان، باب الحالف يسكت بين يمينه واستثنائه سكتة يسيرة لانقطاع صوته، أو أخذ نفس، رقم الحديث: 19931.

استدلوا بما روي عن ابن عباس ﷺ أنّه قال: قال رسول الله ﷺ قال: ((واللهِ لأغزونَّ قُريشاً، واللهِ لأغزونَّ قريشاً)) ثمّ سكت ساعة، ثمّ قال:((إنْ شاءَ اللهِ))[1].

وأجيب: بأنّ الحديث إن صحّ، فإنّه يُحمل على أنّ رسول الله ﷺ أراد استدراك الاستثناء، ولم يكن قصده ﷺ تصحيح الاستثناء[2].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، بأنّه لا يجوز الفصل بين المستثنى والمستثنى منه، باعتبار أنّ الكلام تام متصل، لا يجوز الفصل بينهما بشيء خارج عن العرف، والله أعلم.

المسألة الثالثة: الإقراربالمال الكثير:

أولاً: الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال ابن تيمية: (ويعتبر الإقرار عرف المتكلم، فيُحمل كلامه على أقل محتملاته)[3].

وقال أيضاً: (تنازع الفقهاء فيما إذا قال له عليّ مال عظيم أو كثير أو جليل ... والأرجح في مثل هذا أن يرجع إلى عرف المتكلم، فيما كان يسميه مثله كثيراً، حمل مطلق كلامه على أقل محتملاته)[4].

أي أنّه يرجع إلى عرف المقرّ لبيان قصده من إقراره بالمال الكثير أو العظيم.

---

(1) السنن الكبرى للبهقي: 82/10، كتاب الأيمان، باب الحالف يسكت بين يمينه واستثنائه سكتة يسيرة لانقطاع صوته، أو أخذ نفس، رقم الحديث: 19927.وهو حديث مرسل، ينظر: نصب الراية: 303/3، والدراية: 93/2.

(2) بدائع الصنائع: 154/3.

(3) الفتاوى الكبرى: 586/5.

(4) منهاج السنة النبوية: 84/4.

ثانياً: الإقرار بالمال الكثير في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء فيما إذا أقرّ شخص بمال كثيرٍ أو عظيمٍ، ولم يبين قصده من الكثرة أو العظمة، فإنّ في تفسيرها ستة مذاهب:

المذهب الأول: أنّه يجب على المقرّ قدر نصاب الزكاة، وهو ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من الحنفية، وهو الصحيح عندهم[1]، والمعتمد عند المالكية[2].

استدلّ أصحاب هذا المذهب بما يأتي:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [التوبة: 103].

وجه الدلالة: أطلق الله ﷻ في الآية اسم المال على نصاب الزكاة، وهذا أقل ما يُرجع إليه عند ذكر المال[3].

2. المعقول: لا يجوز إلغاء صفة الكثرة في قول المقرّ، وتقدّر بنصاب الزكاة، لأنه كثير في الشرع، وهو الحد الفاصل بين الفقر والغنى، أي أنّ من يمتلك النصاب يعتبر غنيا، فوجب اعتبار هذا القدر في وصف المال بالكثرة أو العظمة[4].

المذهب الثاني: أنّ المرجع في تفسير العظيم والكثير هو تفسير المقرّ، وهو قول عند المالكية[5]، وإليه ذهب الشافعية[6]، والحنابلة[7].

---

(1) المبسوط: 98/18، تبيين الحقائق: 5/5، مجمع الأنهر: 290/2.

(2) شرح التلقين: 80/3، الذخيرة: 289/9، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 405/3.

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 405/3.

(4) تبيين الحقائق: 5/5.

(5) شرح التلقين: 80/3، الذخيرة: 289/9.

(6) الحاوي الكبير: 13/7، البيان: 439/13، روضة الطالبين: 375/4.

(7) الكافي فقه الإمام أحمد: 310/4، الإنصاف: 211/12.

استدلّ أصحاب هذا المذهب بما يأتي:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ * وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: 7-8]

وجه الدلالة: إنّ الإنسان يُكافأ بالخير والشر قدر مثقال ذرة، أي أنّ الوعد والوعيد يتوجه إليه، فدلّ على أنّه لا شيء عظيم نرجع إليه، لأنّه ليس هناك أقل من مثقال ذرة[1].

وقوله تعالى: ﴿قُلْ مَتَاعُ الدُّنْيَا قَلِيلٌ وَالْآخِرَةُ خَيْرٌ لِمَنِ اتَّقَى وَلَا تُظْلَمُونَ فَتِيلًا﴾ [النساء: 77].

وجه الدلالة: أنّ الله سبحانه وتعالى جعل متاع الدنيا قليلاً، بالنظر إلى نعيم الآخرة، فالقليل يكون كثيراً بالإضافة إلى أقل منه، والكثير يكون قليلاً بالإضافة إلى أكثر منه وأعظم، فما من مال إلا وهو كثير وعظيم بالإضافة إلى ما هو أقلّ منه[2].

2. المعقول: أنه ليس للفظ العظيم أو الكثير حدّ في اللغة والشرع والعرف، ويختلف تفسيره عند الناس، فمن الناس من يستعظم القليل، ومنهم من يحتقر الكثير، فليس هناك مرجع نرجع إليه، فوجب الرجوع إلى تفسير المقرّ لبيان قصده[3].

وأجيب: بأنّ قبول هذا القول يؤدي إلى إلغاء صفة الكثير والعظيم في كلام المقرّ، وهذا لا يجوز[4].

(1) الأم: 234/6، الحاوي الكبير: 14/7.

(2) الحاوي الكبير: 14/7، البيان: 440/3.

(3) الشرح الكبير على متن المقنع: 340/5.

(4) المبسوط: 98/18.

ورُدّ: بأنّه يحتمل أنّ المقرّ أراد بالعظيم، أنّ هذا المال عظيمٌ خطره، وذلك بكفر مستحله، وإثم غاصبه، ولأنّ الإقرار لا يُبنى إلا على اليقين والظن القوي[1].

المذهب الثالث: أنّ المرجع في تفسير العظيم والكثير هو عرف المقرّ وحاله، وهو قول أبي حنيفة[2]، وقولٌ عند المالكية[3]، واختيار ابن تيمية من الحنابلة[4].

استدلوا بالمعقول: حيث إنّ القليل في نظر الفقير عظيم، وأضعاف ما عند الفقير بالنسبة للغني قليل، فلا بدّ من الرجوع إلى حال المقرّ وعرفه[5].

المذهب الرابع: أنّه يلزم المقرّ نصاب السرقة، وهو قول عند الحنفية[6]، والمالكية[7]، وإليه ذهب ابن عقيل من الحنابلة[8].

استدلّ أصحاب هذا المذهب بما يأتي:

---

(1) روضة الطالبين: 375/4، مغني المحتاج: 285/3.

(2) تبيين الحقائق: 5/5، مجمع الأنهر: 290/2.

(3) المعونة: 1246/1، الذخيرة: 289/9، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 405/3.

(4) منهاج السنة النبوية: 84/4.

(5) تبيين الحقائق: 5/5، مجمع الأنهر: 290/2، المعونة: 1246/1.

(6) الهداية: 179/3.

(7) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 405/3.

(8) المبدع: 408/8، الإنصاف: 211/12.

1. السنة النبوية: ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: ((أَنَّ يَدَ السَّارِقِ لَمْ تُقْطَعْ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ))(1)، وفي رواية: ((الْقَطْعُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ))(2).

وجه الدلالة: أنّ التافه هو القليل اليسير الحقير الذي لا قدر له، فتبين أنّ العظيم والكثير يبدأ من نصاب حدّ السرقة، وما دونه لا يوصف بالعظيم(3).

2. المعقول: نصاب السرقة مالٌ عظيم القدر في الإسلام، لأنّ اليدَ المحترمة تُقطع به(4).

المذهب الخامس: أنّه يلزم المقرّ قدر الدية، وهو ألف دينار، وهو قولٌ عند المالكية، اختاره القرافي(5).

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ الدية أعظم مالٍ قد جاء تقديره في الشرع، فوجب في تقدير العظيم الرجوع إليه(6).

المذهب السادس: أنّه يلزم المقرّ اثنان وسبعون درهماً، وهو مذهب الليث بن سعد (ت: 1785هـ)(7).

واستدلّ بقول الله ﷻ: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾ [التوبة: 25].

---

(1) السنن الكبرى للبيهقي: 446/8، كتاب جامع أبواب القطع في السرقة، باب ما يجب فيه القطع، رقم الحديث: 17166، مصنف ابن أبي شيبة: 477/3، كتاب الحدود، باب من قال لا تقطع في أقل من عشرة دراهم، رقم الحديث: 28114، والحديث مرسل، ينظر: نصب الراية: 360/3.

(2) السنن الكبرى للبيهقي: 446/8، كتاب جامع أبواب القطع في السرقة، باب ما يجب فيه القطع، رقم الحديث: 17172.

(3) المعونة: 1247/1.

(4) الهداية: 179/3.

(5) الذخيرة: 289/9، القوانين الفقهية: 243، المختصر الفقهي: 133/7.

(6) الذخيرة: 289/9.

(7) الحاوي الكبير: 13/7، البيان: 440/3، الشرح الكبير على متن المقنع: 339/5.

وجه الدلالة: أنّ غزوات رسول الله ﷺ وسراياه قد بلغت اثنين وسبعين، فيجب حمل لفظ الكثير عليها[1].

الترجيح:

تبين مما تقدم أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني، وهو أنّ المرجع في بيان العظيم والكثير هو قصد المقرّ وتفسيره، لأنّه لفظٌ لم يأتِ له تفسير في الشرع ولا في اللغة ولا وجود لعرف منضبط نرجع إليه، فوجب الرجوع إلى تفسير المقرّ، والله أعلم.

---

(1) الحاوي الكبير: 13/7، البيان: 440/3.

المبحث الثالث: عقـــود التـبرع

المطلب الأول: القـــرض

أولاً: مفهوم القرض:

1. القرض لغة: قَرَضَهُ يقرِضُه: قطَعَه وجازاه، والقَرضُ، والقِرضُ: ما سلَّفتَ من إساءة أو إحسان، وما تعطيه الإنسانَ من المالِ لتُقضاه، وأقرَضه: أي أعطاه قرضاً، وقطع له قطعة يُجازي عليها، واقترض منه: أخذ منه القرض[1].

2. القرض اصطلاحاً: (هو تمليك الشيء على أن يرد بدله)[2]، فالمقرض يدفع بعض ماله للمقترض، ليرد مثله، ويسميه أهل الحجاز سلفا[3].

ثانياً: مشروعية القرض:

ثبتت مشروعية القرض بالكتاب والسنة والإجماع:

1. الكتاب: قول الله ﷻ: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾ [البقرة: 245].

وجه الدلالة: أنّ من يُقرض جزءاً من ماله في سبيل الله، فإنّ الله سبحانه وتعالى يُضاعف له الثواب أضعافاً كثيرة، وهذا يدل على جواز القرض[4].

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 71/5، القاموس المحيط: 653.

(2) مغني المحتاج: 29/3، وينظر: الإنصاف: 123/5.

(3) ينظر: مغني المحتاج: 29/3.

(4) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي: 261/1.

2. السنة النبوية: روي عن أبي رافع رضي الله عنه أنَّ رسول اللهِ ﷺ استسلفَ من رجل بكراً، فقَدِمَتْ عليهِ إبلٌ من إبلِ الصدقةِ، فأمر أبا رافع أن يقضيَ الرجلُ بكرَهُ، فرجع إليه أبو رافع،

فقال: لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا، فقال: ((أعطهِ إيَّاهُ، إنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً))[1].

وجه الدلالة: اقتراض رسول اللهِ ﷺ القرض دليل على جوازه، وأنه مأمور به على وجه الندب، من غير إيجاب[2].

3. الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز القرض[3].

ثالثاً: القرض والعرف:

استدلّ الفقهاء بالعرف في مسألتين من مسائل القرض، وهما:

المسألة الأولى: القرض وقبول الهدية:

أولاً: آراء الفقهاء في هدية المقترض للمقرض مقابل القرض:

قال القرافي: (لا تقبل هدية غريمك إلا أن يعتاد مهاداتك قبل الدين وتعلم أن هديته ليس لأجل الدين)[4].

---

(1) صحيح مسلم: 1224/3، كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئا فقضى خيرا منه، وخيركم أحسنكم قضاء، رقم الحديث: 1600.

(2) الذخيرة: 285/5، المجموع: 163/13، المبدع: 194/4.

(3) الإشراف: 142/6، المبدع: 194/4.

(4) الذخيرة: 294/5.

وقال ابن تيمية: (أنّه تقدّم عن النبي ﷺ وأصحابه منع المقرض قبول هدية المقترض، إلى أن يحسبها له أو يكون قد جرى ذلك بينهما قبل القرض)[1].

يتبين من كلامهما أنّه يجوز للمقرض قبول هدية المقترض، إذا كان من عادتهما الإهداء قبل القرض.

ثانياً: حكم هدية المقترض للمقرض مقابل القرض في الفقه الإسلامي:

أتفق الفقهاء على تحريم هدية المقترض إذا اشترطها المقرض، وأخذه هذه الزيادة المشترطة تعتبر من الربا[2].

أمّا إذا لم يشترط المقرض على المقترض هدية، أو تعويضاً مقابل القرض، فهذه مسألة قد اختلف الفقهاء فيها على مذهبين:

المذهب الأول: يجوز للمقرض قبول هدية المقترض، إذا لم يشترطها، لكن الأولى التورع من قبولها، وهو مذهب الحنفية[3]، والشافعية[4]، وهو رواية عند الحنابلة[5]، وإليه ذهب الظاهرية[6].

واستدلوا بما يأتي:

1. السنة النبوية:

---

(1) الفتاوى الكبرى: 177/6.

(2) الإشراف: 142/6.

(3) البحر الرائق: 133/6.

(4) مغني المحتاج: 34/3.

(5) الإنصاف: 133/5.

(6) المحلى: 359/6.

- عن أبي هريرة ﷺ، كان لرجلٍ على النبي ﷺ سن من الإبل، فجاءه يتقاضاه، فقال: (أعطوه) فطلبوا سنه، فلم يجدوا له إلا سنا فوقها، فقال: (أعطوه) فقال: أوفيتني أوفى الله بك، قال النبي ﷺ: ((إن خيارَكُمْ أحسنُكمْ قضاءً))[1].

وجه الدلالة: أنه يجوز للمقترض أن يردّ مع القرض هديةً، ولا يكره للمقترض قبولها[2].

- وعن أبي هريرة ﷺ، أنّ رسول الله ﷺ قال:((لَوْ دُعِيتُ إِلَى كُرَاعٍ[3] لَأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ))[4].

وجه الدلالة: أنّ عموم الأدلة التي تدلّ على جواز قبول الهدية، وأنّ هذا العموم لم يخص منه النبي ﷺ غريماً من غيره[5].

المذهب الثاني: يحرم على المقرض قبول هدية المقترض، إلا إذا جرت العادة بينهما، أو حدث سبب للإهداء، كالمصاهرة، أو نوى المكافأة، أو احتسبت من الدين، وهو مذهب المالكية[6]، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[7].

واستدلوا بما يأتي:

---

(1) متفق عليه: صحيح البخاري: 117/3، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب حسن القضاء، رقم الحديث: 2393، صحيح مسلم :1224/3، كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئا فقضى خيرا منه، وخيركم أحسنكم قضاء، رقم الحديث: 1600.

(2) مغني المحتاج: 34/3.

(3) كُراع: يدل على دقة في بعض أعضاء الحيوان، وهو من الإنسان ما دون الركبة، ومن الدواب: ما دون الكعب، ينظر: معجم مقاييس اللغة: 171/5، والنهاية في غريب الحديث والأثر: 165/4.

(4) صحيح البخاري: 25/7، كتاب النكاح، باب من أجاب إلى كراع، رقم الحديث: 5178.

(5) المحلى: 360/6.

(6) الذخيرة: 249/5، لوامع الدرر: 179/9.

(7) المبدع: 200/4.

1. السنة النبوية: روي عن أنس بن مالك ﷺ أنّ رسول الله ﷺ قال: ((إِذَا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ قَرْضًا فَأَهْدَى لَهُ، أَوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ، فَلَا يَرْكَبْهَا وَلَا يَقْبَلْهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ))[1].

وجه الدلالة: في الحديث دليل على عدم جواز قبول هدية المقترض، إلا أن تكون العادة جارية بينهما[2].

وأجيب بأنّ الحديث ضعيف، لا يُحتجّ به[3].

ورُدّ بأنّه ثبت أنّ هذا الحديث حسنٌ، فيصحّ الاحتجاج به[4].

وأجيب: بأنّ الحديث على فرض صحته، فإنّه محمول على اشتراط الهدية في العقد[5].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني القائلون بعدم جواز قبول المقرض هدية المقترض، إذا كانت الهدية بسبب القرض، ولم يكن من عادتهما الإهداء قبل القرض، فللعادة إذن أثر في قبول هدية المقترض، والله أعلم.

---

(1) سنن ابن ماجه: 501/3، كتاب في استقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب حسن القضاء، رقم الحديث: 2432، قال البوصيري: هذا إسناد فيه مقال، وضعّفه ابن حجر، ينظر: مصباح الزجاجة: 70/3، والمطالب العالية: 434/7.

(2) كشاف القناع: 318/3.

(3) ينظر: تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي: 108/4، والمطالب العالية: 434/7.

(4) ينظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية: 160/6.

(5) مغني المحتاج: 34/3.

المسألة الثانية: حكم إقراض الخبز:

أولاً: احتجاج بالعرف في إقراض الخبز:

قال ابن عابدين: (ويستقرض الخبز وزنا وعددا عند محمد، وعليه الفتوى .... وعليه أفعال الناس جارية والفتوى على قول محمد)[1].

وجاء في الفقه المنهجي: (أجاز العلماء اقتراض الخبز وزناً وعدداً، لجريان العرف بذلك في جميع العصور من غير إنكار)[2].

قال كوزه بانكي: (واستثني من ذلك جواز إقراض الخبز وزناً، يجوز عدداً في الأصح مع أنه لا يصحّ السلم فيه، لعموم الحاجة إليه، ولإجماع أهل الأمصار في الأعصار على فعله)[3].

ثانياً: حكم إقراض الخبز في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في حكم إقراض الخبز على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: جواز إقراض الخبز وزناً وعدداً، وهو ما ذهب إليه محمد بن الحسن، وعليه الفتوى عند الحنفية[4]، وهو مذهب المالكية[5]، وهو وجه عند الشافعية[6]، وإليه ذهب الحنابلة[7].

واستدلّوا بما يأتي:

---

(1) رد المحتار: 162/5.

(2) 106/6.

(3) تحفة الطالبين: 94.

(4) رد المحتار: 162/5.

(5) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 53/3.

(6) مغني المحتاج: 32/3.

(7) المغني: 435/6.

1. السنة النبوية: عن معاذ بن جبل أنه سئل عن استقراض الخمير والخبز فقال: ((سبحان الله هذا مكارم الأخلاق، فخذ الصغير وأعط الكبير وخذ الكبير وأعط الصغير خيركم أحسنكم قضاء، سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك))[1].

وجه الدلالة: في الحديث دلالة على جواز قرض الخبز وزناً وعدداً، لأنّهم لا يقصدون بقرضه المبايعة، بل القصد منه المعروف[2].

2. العرف: أفعال العباد وعاداتهم جارية في جميع البلاد على استقراض الخبز من دون إنكار[3].

3. القياس: وذلك بالقياس على دخول الحمام، وركوب السفينة، من غير تقدير الأجرة فيهما، فكذلك إقراض الخبز، فإنّه يشقّ اعتبار الوزن فيه، وتدخله المسامحة فيه، فجاز إقراضه وزناً وعددا[4].

المذهب الثاني: المنع من إقراض الخبز وزناً وعدداً، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة[5]، وهو وجه عند الشافعية، واختاره البغوي[6].

---

(1) التحقيق في أحاديث الخلاف: 194/2 ، كتاب البيوع، مسألة ويجوز قرض الخبز، وهل يجوز بالعدد أو يكون بالوزن، رقم الحديث: 1503 ، والحديث ضعيف وفيه انقطاع، ينظر: تنقيح التحقيق لابن هادي: 106/4، وتنقيح التحقيق للذهبي: 102/2.

(2) ينظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 53/3، والتحقيق في أحاديث الخلاف: 194/2.

(3) رد المحتار: 162/5.

(4) المغني: 435/6.

(5) المبسوط: 31/14.

(6) التهذيب: 546/3، روضة الطالبين: 33/4.

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ الخبز مما لا ينضبط بالوصف، وذلك لوجود التفاوت والتباين والاختلاف بين خبز وخبز، ويرجع هذا إلى الاختلاف في العجن والحجم، ولهذا لم يجز السلم فيه إجماعاً، فالقرض أولى بعدم الجواز[1].

المذهب الثالث: جواز إقراض الخبز وزناً لا عدداً، وإليه ذهب أبو يوسف من الحنفية[2]، وهو المختار عند الشافعية[3]، ورواية عند الحنابلة[4].

واستدلوا بإجماع أهل الأمصار على فعله في جميع العصور، من غير نكير[5].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، وهو جواز إقراض الخبز مطلقاً، وذلك لأنّ الحاجة تدعو إليه، وهو الموافق للعرف الذي أثبت إقراضه وزناً وعدداً، ولأنّ حصر إقراضه بالوزن دون العدد يؤدي إلى المشقة على الناس، والله أعلم.

---

(1) بدائع الصنائع: 395/7، البيان: 467/5.

(2) المبسوط: 31/14.

(3) روضة الطالبين: 33/4.

(4) الشرح الكبير على متن المقنع: 359/4.

(5) روضة الطالبين: 33/4.

المطلب الثاني: الهبـــة

أولاً: مفهوم الهبة:

1. الهبة لغة: من وهبْتُ الشيءَ أهَبُه هِبةً وموهباً: وهي العطية الخالية عن الأعواض والأعراض، والوهّاب: من أسماء الله الحسنى، وهو المنعم على العباد، وأوهبك الشيءَ أمكنك أن تأخذه وتناله[1].

2. الهبة اصطلاحاً: هي تمليك العين بلا عوضٍ[2].

الهبة والهدية والصدقة والعطية: ألفاظ متقاربة المعنى، وكلها تأتي بمعنى: تمليك العين بغير عوض، واسم الهبة والعطية يشملان الجميع، أمّا الصدقة والعطية متغايران، فهما نوعان من الهبة، وكل صدقة وهدية هبة ولا عكس[3].

فالصدقة هي العطية بقصد التقرب بها إلى الله، وطلب الثواب منه[4].

والهدية هي العطية إلى إنسان بقصد التقرب إليه، والمحبة والإكرام له[5].

ثانياً: مشروعية الهبة:

دلّ على مشروعية الهبة، القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع.

---

(1) معجم مقاييس اللغة: 146/6، لسان العرب: 288/15.

(2) التعريفات: 394، البيان: 106/8.

(3) المجموع: 370/15، تحرير الفتاوى: 346/2، الإنصاف: 164/7.

(4) التعريفات: 218، المجموع: 370/15، الإنصاف: 164/7.

(5) ينظر: مجلة الأحكام العدلية: 161، والمجموع: 370/15، والإنصاف: 164/7، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 464.

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: 4].

وجه الدلالة: أباح الله سبحانه وتعالى في هذه الآية الأكل من مال الزوجة إذا كان هبة، فدلّ على جوازها[1].

2. السنة النبوية: دلّ على جواز الهبة أحاديث كثيرة منها، ما روي عن أبي هريرة ﷺ أنّ النبي ﷺ قال: ((تَهَادَوا تَحَابُّوا))[2].

وجه الدلالة: الحديث دليل على جواز الهدية وغيرها من العطايا كالهبة والصدقة لأنّها في معنى الهدية، وأنّها تجلب المحبة والتودد بين الإخوان[3].

3. الإجماع: أجمع الفقهاء على مشروعية الهبة[4].

ثالثاً: الهبة والعرف:

المسائل الفقهية التي احتجّ الفقهاء بالعرف فيها هي كالآتي:

المسألة الأولى: هبة الثواب:

هبة الثواب: (عطية قصد بها عوض مالي)[5].

---

(1) المبسوط: 48/12، مغني المحتاج: 558/3.

(2) الأدب المفرد: 208، باب قبول الهدية، رقم الحديث: 594، السنن الكبرى للبهقي: 280/6، كتاب الهبات، باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس، رقم الحديث: 11946، وقال ابن حجر: إسناده صحيح، التلخيص الحبير: 163/3.

(3) المبسوط: 4/12، البيان: 107/8.

(4) الهداية: 222/3، بداية المجتهد: 709، مغني المحتاج: 558/3، المبدع: 251/5.

(5) المختصر الفقهي: 33/9.

أي العطية التي يعطها الواهب، ويبتغي بها العوض والمكافأة من الموهوب له[1].

أولاً: الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال ابن الحاجب: (وأمّا المطلق فيُحمل على ما يتفقان عليه، فإن اختلفا حُكِمَ بالعرف مع اليمين)[2].

وقال الجويني: (أنه يثبت الثواب حملاً لذلك على العرف الجاري بين الناس، والعرف نازل منزلة التقييد باللفظ)[3].

وقال ابن تيمية: (إذا كانت العادة الجارية بالتعويض، وأعطاه على هذا فإنه يستحق أحد الأمرين: إما التعويض، وإما الرجوع في الموهوب)[4].

ثانياً: حكم هبة الثواب في الفقه الإسلامي:

الأصل في الهبة أن لا يكون فيها عوض مادّي، لأنّها من عقود التبرعات[5]، أما إذا أخذ الواهب العوض على هبته، فيكون على نوعين:

النوع الأول: أن يشترط الواهب العوض:

إذا وهب شخص هبة، وشرط على الموهوب له ثواباً معلوماً، فقد اختلف الفقهاء فيه على مذهبين:

---

(1) ينظر: القوانين الفقهية: 285، والمعاملات المالية أصالة ومعاصرة: 525/18، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 464.

(2) جامع الأمهات: 457.

(3) نهاية المطلب: 434/8.

(4) مجموع الفتاوى: 289/31.

(5) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية: 61/15.

المذهب الأول: الهبة صحيحة، وهو مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية في الأظهر[3]، وإليه ذهب الحنابلة[4].

واستدلوا بالقياس على البيع، لأنّ الهبة بشرط العوض تمليك بعوض معلوم فجازت الهبة ويكون في حكم البيع[5].

المذهب الثاني: الهبة غير صحيحة، وهو قولٌ عند الشافعية[6]، وإليه ذهب الظاهرية[7].

واستدلوا بالقياس على الرهن، لأنّه عقد تبرعي لا يجوز أخذ العوض عنه، ولا يقتضي الثواب[8].

الترجيح:

الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور في جواز اشتراط العوض في الهبة، فهي صحيحة، والشرط صحيح، فالمسلمون عند شروطهم، فتكون الهبة صحيحة وفي حكم البيع، والله أعلم.

---

(1) بدائع الصنائع: 132/6، البناية: 204/10.

(2) بداية المجتهد: 711، المختصر الفقهي: 33/9.

(3) روضة الطالبين: 386/5، مغني المحتاج: 573/3.

(4) المغني: 280/8، المبدع: 190/5.

(5) مجلة الأحكام العدلية: 197، المغني: 280/8.

(6) الحاوي الكبير: 232/7، المهذب: 698/3.

(7) المحلى: 60/8.

(8) المهذب: 698/3.

النوع الثاني: الهبة المطلقة:

الهبة التي لم يُشترط فيها العوض، فقد اختلف الفقهاء فيها على مذهبين:

المذهب الأول: لا ثواب على الهبة المطلقة، ولا يجب على الموهوب له أن يعوض الواهب على هبته، وهو مذهب الحنفية[1]، والشافعية في الأظهر[2]، وإليه ذهب الحنابلة[3].

واستدلوا بما يأتي:

1. السنة النبوية: قال رسول الله ﷺ: ((لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ))[4].

وجه الدلالة: الأصل في الهبة أن يكون تملكها من غير عوض وبدل، فلم يجز أخذ البدل والعوض عنها إلا بطيب نفس من الموهوب له[5].

2. المعقول: حيث إنّ الهبة عطية على وجه التبرع، أو تمليك بغير عوض، فلم يقض عوضاً كالوصية[6].

---

(1) بدائع الصنائع: 130/6، البناية: 190/10.

(2) البيان: 132/8، روضة الطالبين: 385/5.

(3) المغني: 280/8، المبدع: 190/5، وينظر: المسائل الفقهية المبنية على العرف عند ابن تيمية: 686.

(4) مسند أحمد: 299/34، مسند البصريين، حديث عم أبي حمزة الرقاشي، رقم الحديث: 20695، السنن الكبرى للبهقي: 166/6، كتاب الغصب، باب من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا، رقم الحديث: 11545، والحديث صحيح لغيره، ينظر: نصب الراية: 169/4، والبدر المنير: 693/6، والتلخيص الحبير: 112/3.

(5) ينظر: الحاوي الكبير: 550/7.

(6) البيان: 132/8، المغني: 280/8.

المذهب الثاني: الهبة المطلقة يثبت بها الثواب إذا جرى العرف بالعوض، وهو مذهب المالكية[1]، وقول عند الشافعية[2]، والحنابلة[3]، واختاره ابن تيمية[4].

واستدلوا بما يأتي:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿وَمَا آتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِندَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُم مِّن زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ﴾ [الروم: 39].

وجه الدلالة: الآية تدلّ على أنّه يجوز للإنسان أن يهب شيئاً، ويطلب الثواب والزيادة من الموهوب له لا من الله[5].

2. الأثر: عن عمر ﷺ أنّه قال: (مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِوَجْهِ اللهِ فَذَلِكَ لَهُ، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يُرِيدُ ثَوَابَهَا فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِيهَا إِنْ لَمْ يُرْضَ مِنْهَا)[6].

وجه الدلالة: أنّ من وهب هبة مطلقة، وذكر أنّه إنّما أراد ثواباً على هبته، ودلّ العرف على صدق قوله، قبل قوله[7].

وأجيب: التعويض عن الهبة، يكون هبة مبتدأة، لا عوضاً عن الهبة التي وهبها، وذلك لأنّ الردّ لا يثبت بينهما بسبب العيب[8].

---

(1) الكافي في فقه أهل المدينة: 1006/2 ، التوضيح: 356/7.

(2) المهذب: 698/3، نهاية المطلب: 434/8.

(3) المغني: 280/8.

(4) مجموع الفتاوى: 289/31.

(5) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي: 386/3، والذخير: 272/6، الفواكه الدواني: 158/2.

(6) الموطأ: 754/2، كتاب الأقضية، باب الهبة، الرقم: 42، السنن الكبرى للبيهقي: 299/6، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة، الرقم: 12023.

(7) التبصرة: 3422/7

(8) المغني: 280/8.

3. العرف: فقد جرى العرف بأنّ الهبة تقضي ثواباً، وأنّ الشخص يهب الهبة، ويطلب المكافأة عليها، وتحصل المحبة والمودة تبعا للهبة، وأنّ العرف بمنزلة الشرط[1].

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، وهو أنّ الهبة المطلقة التي لم يُشترط لها ثواباً، فإنّها لا تقتضي العوض، لأنّ الأصل في الهبة هو التمليك بغير عوض، وأنّها عقد تبرعي، فلا يجوز فرض العوض والثواب عليها، والله أعلم.

المسألة الثانية: الهدايا المتبادلة بين الخطيبين:

ويُقصد بها الأموال التي يعطيها الخاطب لخطيبته، أو التي تعطيها الخطيبة للخاطب في حين الخطبة، وقبل الدخول.

أولاً: الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال العلياوي: (لو دفع الخاطب إلى أهل امرأةٍ مالاً، ليزوجوا ابنة موليتهم ومات الدافع، كان المدفوع تركة لورثة الدافع، لأنّ الدفع في عرف بلدنا كسوة معجلة لا تستقرّ إلا بالعقد مع التمكين، فإذا مات قبل الدخول عاد ما دفع إلى ملك وارثه، أي الدافع)[2].

وقال اللهيميد: (فما يقدمه الخاطب لمخطوبته قبل العقد، قد يكون جزءاً من المهر، وقد يكون هدية من الهدايا، ويعرف ذلك بالتصريح، أو بالعرف)[3].

أي أنّ الهدايا والعطايا التي يعطيها الخاطب لخطيبته، يجوز استردادها إذا لم يتم التمكين والدخول عملاً بالعرف.

ثانياً: حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين في الفقه الإسلامي:

---

(1) أحكام القرآن لابن العربي: 387/3، بداية المجتهد: 712، الذخيرة: 272/6.

(2) فتاوى العلياوي: 521.

(3) دروس فقهية: 595/4.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة مذاهب:

المذهب الأول: أنّ الخاطب يجوز له أن يستردّ هديته، إن لم يتم النكاح، وكانت الهدية باقية بعينها، أمّا الهالكة فليس له ذلك، وهو مذهب الحنفية[1].

واستدلوا بالمعقول، حيث إنّ ما بعثه الخاطب إلى مخطوبته كانت في معنى الهبة، فيجوز له أن يستردّ ما بعث إليها إن كانت باقية، والهلاك والاستهلاك مانع من الرجوع بهبته[2].

المذهب الثاني: أنّ الهدايا لا زم للطرفين، وليس لأحدهما الرجوع، وهو مذهب المالكية[3].

واستدلوا بالمعقول، حيث إنّ المال الذي دفعه أحدهما للآخر هبة، ولا يجوز الرجوع فيها، كما لو دفعها بعد العقد والدخول[4].

المذهب الثالث: للخاطب المطالبة بهداياه إن لم يتم النكاح، وكان الفسخ من جهة المخطوبة، أمّا إذا جاء الفسخ من جهة الخاطب، فلا يملك المطالبة، وهو قول عند المالكية[5]، وإليه ذهب الحنابلة[6].

واستدلوا بالمعقول، حيث إنّ الخاطب بذل الهدايا لكي يتمّ النكاح الموعود، فإن لم يتم رجع بها، لأن أهل الزوجة خالفوا وعدهم[7].

---

(1) البحر الرائق: 199/3، الدر المختار: 153/3.

(2) الدر المختار: 153/3.

(3) التوضيح: 222/4، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 219/2.

(4) التوضيح: 222/4.

(5) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 219/2.

(6) الإنصاف: 296/8، كشاف القناع: 153/5.

(7) ينظر: كشاف القناع: 153/5، ومطالب أولي النهى: 215/5.

المذهب الرابع: يجوز للخاطب أن يستردّ الهدايا التي بعثها للمخطوبة قبل العقد، سواءً أكان الفسخ من جهته أم من جهتها، وهو مذهب الشافعية[1].

واستدلوا بالمعقول، حيث إنّ الخاطب بعث بالهدايا إلى المخطوبة بناءً على رغبته في النكاح، ولم يتم العقد والإنكاح، فله المطالبة بما بعث[2].

الترجيح:

الراجح أنّ الخاطب يجوز له أن يستردّ الهدايا التي بعثها لخطيبته حين الخطبة، إذا لم يتم العقد أو التمكين والزفاف، لأنّ العرف جارٍ بأنّ الخاطب يستردّ كل ما أهداه للمخطوبة قبل الزفاف، وكذلك الحال للمخطوبة، ولا يختلف الحال سواءً أكان الفسخ من جهته أم من جهتها، أمّا إذا تمّ العقد والتمكين فإنّه لا يحقّ للخاطب طلب الهدايا، إذا لم تكن بطلبها أو طلب وليها عوضاً عن الإذن والنكاح، أما إذا كانت الهدايا بطلب من الولي، كما هو معروف عند العوام، وهو ما يسمى باللغة الكوردية (شيربايي)[3] فهذا المال حرام، ويجب ردّه ولو بعد العقد والدخول، والله أعلم.

---

(1) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 422/7، حاشية الجمل: 270/4.

(2) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 422/7.

(3) ينظر: منقول الأكراد: 497/1، وشەریعەتی ئیسلام: 299/2.

المطلب الثالث: العاريّــة

أولاً: مفهوم العاريّة:

1.العارية لغة: العاريّة والعارية والعارة، ثلاث لغات، والأفصح منها، العاريّة: من أعرْتُ الشيءَ إعارة وهو ما تداوله الناس بينهم، واستعار: طلبها، والجمع: عواريّ، وعواري[1].

2.العاريّة اصطلاحاً: عرّف الفقهاء العارية بتعريفات متقاربة في اللفظ والمعنى، وهي كالآتي:

فعند الحنفية والمالكية: هي (تمليك المنافع بغير عوض)[2].

وعند الشافعية والحنابلة: هي (إباحة الانتفاع بما يحلّ الانتفاع به مع بقاء عينه ليردّه)[3].

والأولى بالأخذ هو التعريف الأخير، لأنّ التمليك هو التصرف في الشيء كالهبة، والإباحة هي رفع الحرج عن شيء ليس مملوكاً له لينتفع به، فبقيد (الإباحة) خرج التمليك، وبـ (الانتفاع) خرج البيع والهبة، لأنّهما تمليك العين بالعوض، وبـ (ما يحلّ الانتفاع به) خرج ما يحرم، وبـ (بقاء عينه) خرج المأكولات[4].

ثانياً: مشروعية العارية:

دلّ على مشروعية العارية القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع.

---

(1) المصباح المنير: 437/2، القاموس المحيط: 445.

(2) الهداية: 218/3، البحر الرائق: 280/7، جامع الأمهات: 407، القوانين الفقهية: 288.

(3) كفاية الأخيار: 381، مغني المحتاج: 313/3، المبدع: 3/5.

(4) ينظر: المجموع: 201/14، ومغني المحتاج: 316/3، ومطالب أولي النهى: 722/3، والمعاملات المالية أصالة ومعاصرة: 401/2.

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2].

وجه الدلالة: معروف أنّ العارية تعاون وأنه من البرّ، وقد أمر الله المسلمين أن يتعاونوا عليه فيما بينهم[1].

2. السنة النبوية: عن أبي أمامة الباهلي ﷺ: أنّ رسول الله ﷺ قال: ((إنَّ الله عز وجل قد أعطى كلَّ ذي حق حقهُ، فلا وصيةَ لِوارثٍ، لا تُنفِقِ المرأةُ شيئاً مِن بيتها إلاَّ بإذن زوجها)) قيل: يا رسولَ الله ولا الطعامَ؟ قال: ((ذَلكَ أفضَلُ أموالنا)) ثم قال: ((العاريَّةُ مؤدَّاةٌ، والمِنْحَةُ مردُودةٌ، والدَّينُ مَقْضِي، والزَّعِيم غارمٌ))[2].

وجه الدلالة: فيه دلالة على جواز العارية، لأنّه لما جاز هبة العين، جاز العارية التي هي هبة المنافع[3].

3. الإجماع: أجمع المسلمون على جواز العارية[4].

رابعاً: العارية والعرف:

المسائل الفقهية المتعلقة بالعارية، والتي احتجّ الفقهاء بالعرف فيها هي كالآتي:

المسألة الأولى: الانتفاع بالعارية:

---

(1) الحاوي الكبير: 115/7، البيان: 506/6.

(2) سنن أبي داود: 417/5، كتاب البيوع، باب تضمين العارية، رقم الحديث: 3565، سنن الترمذي: 557/3، أبواب البيوع، باب ما جاء أنّ العارية مؤداة، رقم الحديث: 1265، وقال حديث حسن، مسند أحمد: 628/36، مسند الأنصار، حديث أبي أمامة الباهلي، رقم الحديث: 22294، وقال الهيثمي: رجاله ثقات، مجمع الزائد: 145/4.

(3) دقائق أولي النهى: 287/2.

(4) البيان: 507/6، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 41/2.

أولاً: مفهوم الانتفاع:

1.الانتفاع لغة: من نَفَعَ ينْفَعُ نفْعاً، وقد انتفع به، وهو الاستفادة من الشيء[1].

2.الانتفاع اصطلاحاً: هو (التصرف بالشيء على وجه يريد به تحقيق فائدة)[2].

ثانياً: الاحتجاج بالعرف في الانتفاع بالعارية:

قال ابن عابدين في الانتفاع بالعارية المطلقة: (إذ مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف)[3].

قال ابن الحاجب: (فإن أطلق فاستعمال مثلها، وهي لازمة فإن أجّلها بمدة أو عمل لزمت إلى انقضائه، وإلا فالمعتاد في مثلها)[4].

وقال خليل: (فإن استعار شيئاًولم يبين الوجه الذي استعاره من أجله، فإنّه يتعين ذلك بمقتضى العرف)[5].

وقال المرداوي: (الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع. فلو أعاره مطلقا: ملك الانتفاع بالمعروف في كل ما هو مهيأ له)[6].

أي أنّ العرف هو الذي يقرر حدود استفادة المستعير من الشيء المُعار.

---

(1) القاموس المحيط: 776، لسان العرب: 325/14.

(2) معجم لغة الفقهاء: 91.

(3) رد المحتار: 680/5.

(4) جامع الأمهات: 408.

(5) التوضيح: 493/6.

(6) الإنصاف: 112/6.

ثالثاً: حكم الإعارة المطلقة، والانتفاع بها في الفقه الإسلامي:

العارية المطلقة هي التي لم يبين حدود الانتفاع فيه، فقد اختلف الفقهاء فيها على مذهبين:

المذهب الأول: صحة العارية المطلقة، وهو مذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، وهو قول عند الشافعية[3]، وإليه ذهب الحنابلة[4].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ الإعارة عقد جائز فلا يُشترط فيه تعيين ما ينتفع به المستعير، ولا بيان نوع الاستفادة[5].

المذهب الثاني: يجب بيان جهة الانتفاع في العارية التي ينتفع بها من أكثر من جهة، أمّا ما ينحصر الانتفاع في جهة واحدة كبساط لا يصلح إلا للفراش فيجوز حينئذ الإعارة مطلقاً، وهو الصحيح من مذهب الشافعية[6].

واستدلوا بما يأتي:

1. القياس: وذلك لوجود الجهالة في الإعارة المطلقة، فلا يصحّ العقد معها قياساً على الإجارة[7].

---

(1) الهداية: 219/3، تبيين الحقائق: 86/5.

(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 439/3، التوضيح: 493/6.

(3) المهذب: 400/3، بداية المحتاج: 313/2.

(4) المغني: 346/7، الإنصاف: 112/6، كشاف القناع: 70/4.

(5) المغني: 346/7، كشاف القناع: 70/4.

(6) روضة الطالبين: 436/4، تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 425/5، حاشية الجمل: 460/3.

(7) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 425/5

وأجيب: بأنّ عقد الإعارة غير لازم، بخلاف الإجارة، والجهالة لا تؤثر في العقود غير اللازمة[1].

وعلى مذهب القائلين بجواز الإعارة المطلقة، فقد اختلفوا في حدود الانتفاع بها على مذهبين:

المذهب الأول: يكون الانتفاع بالإعارة المطلقة فيما جرى به العرف، وهو مذهب الحنفية[2]، والمالكية[3]، وهو المعتمد عند من يجيز الإعارة المطلقة عند الشافعية[4]، وإليه ذهب الحنابلة[5].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ الإعارة إذا كانت مطلقة، فإنّه يجوز للمستعير الانتفاع بها في كل ما هو مهيأ له، كالأرض تصلح للزراعة، والبناء، فله الانتفاع بما شاء من ذلك، لأنّ مطلق الإذن ينصرف إلى العرف[6].

المذهب الثاني: ينتفع بها المستعير كيف شاء، وبما شاء، وهو قولٌ عند من يجيز الإعارة المطلقة عند الشافعية[7].

واستدلوا بالقياس: وذلك بالقياس على الإجارة لأنها يجوز الانتفاع بالعين المؤجرة كيف شاء، وبما شاء[8].

---

(1) المغني: 346/7، كشاف القناع: 70/4.

(2) رد المحتار: 680/5.

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 439/3.

(4) مغني المحتاج: 324/3.

(5) كشاف القناع: 70/4.

(6) ينظر: رد المحتار: 680/5، والتوضيح: 493/6، وكشاف القناع: 70/4.

(7) روضة الطالبين: 436/4، تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 425/5.

(8) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 425/5.

وأجيب: بأنّ عقد الإجارة يختلف عن عقد الإعارة لكونه عقد غير لازم[1].

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ الراجح هو جواز الإعارة المطلقة، ويكون الانتفاع بها في حدود ما تعارف عليه الناس واعتاده، فمثلاً: من أعار سيارةً حمل الركاب، وكانت الإعارة مطلقة، فللمعير أن يركبها، ويُركبها في حدود المتعارف، كيف شاء ومتى شاء، لكن ليس له أن يحمل عليها الأشياء غير المعتادة كالإسمنت والطابوق، والله أعلم.

المسألة الثانية: التنازع في العارية:

أولاً: الاحتجاج بالعرف في التنازع بالعارية.

قال ابن الحاجب: (وإذا تنازعا في العارية والإجارة، فالقول قول المالك إلا أن يكذبه العرف)[2].

وقوله (إلا أن يكذبه العرف) بأن يكون من عادة المالك أنّه يعير الدواب ولا يؤجرها، وذلك لشرفه وقدْره[3].

ثانياً: التنازع في العارية في الفقه الإسلامي:

إذا اختلف المالك مع الآخذ في العين المأخوذة، فقال المالك: هي إجارة، وقال الآخذ: هي عارية، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

---

(1) المغني: 346/7.

(2) جامع الأمهات: 408.

(3) التوضيح: 497/6.

المذهب الأول: القول قول المالك مع يمينه، وهو مذهب المالكية[1]، وهو الراجح عند الشافعية[2]، وإليه ذهب الحنابلة[3].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع من ملكية المالك إلى الآخذ، فكان القول قول المالك، كالاختلاف في العين، فقال المالك: بيع، وقال الآخر: بل هبة، لأنّ المنافع كالأعيان في الملك والعقد، فالقول قول المالك عند الاختلاف في الأعيان فكذاك المنافع[4].

المذهب الثاني: القول قول الآخذ مع يمينه، وهو مذهب الحنفية[5]، وقول عند الشافعية[6].

واستدلوا بالمعقول: وذلك أنّ المالك لا يحقّ له طلب العوض عمّا استهلكه الآخذ في العارية، وهذا يخالف استهلاك العين التي اتفقا على ملكيتها للمالك دون المستهلك[7].

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ الراجح هو المذهب القائل بأنّ القول قول المالك مع يمينه شريطة عدم مخالفة العرف فيما ادّعاه، كأن يكون المالك معروفاً بأنّه لا يؤجّر الأشياء بل يعطيها إعارة، والله أعلم.

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 440/3، لوامع الدرر: 441/10.

(2) مغني المحتاج: 331/3.

(3) المغني: 356/7، الإنصاف: 119/6.

(4) المغني: 356/7.

(5) المبسوط: 149/11، المحيط البرهاني: 567/5.

(6) الحاوي الكبير: 122/7، البيان: 531/6.

(7) الحاوي الكبير: 122/7.

المسألة الثالثة: نفقة العارية:

أولاً: الاحتجاج بالعرف في نفقة العارية:

قال أبوبكر المصنف في العلف وسائر النفقة: (أنّها على المستعير وهو الموافق للعرف من لدن العصر الأول إلى يومنا[1] هذا من غير نكير، وعلى هذا فلا يكون اشتراطه مفسداً للعقد، لأنّه من مقتضاه)[2].

وقال أيضاً: (لو كان الزرع مما يعتاد قلعه قبل الحصاد كشعير يُزرع للقصيل[3]، كُلِّف المستعير قطعه بناء على العرف)[4].

ثانياً: حكم نفقة العارية في الفقه الإسلامي:

المذهب الأول: أنّ النفقة على المالك، ولا تجب على المستعير، وهو قولٌ معتمدٌ عند المالكية[5]، وإليه ذهب الشافعية[6]، والحنابلة[7].

واستدلوا بالمعقول: فإنّه لو كانت النفقة على المستعير لكان إجارة، وقد تكون النفقة أغلى وأكثر مؤنة من الإجارة، فيتحول العقد من عقد تبرعي إلى عوضي[8].

---

(1) وقصده بـ (يومنا هذا) أي عصره الذي كان يعيش فيه أي قبل أكثر من 400 سنة أي قبل وفاته.

(2) الوضوح: 616/4.

(3) القصيل: هو ما اقتُطِع من الزَّرع أخْضَرَ لعَلْف الدَّوابّ، المصباح المنير: 506/2.

(4) الوضوح: 630/4.

(5) التوضيح: 486/6، منح الجليل: 75/7.

(6) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 420/5، مغني المحتاج: 319/3.

(7) كشاف القناع: 73/4، دقائق أولي النهى: 294/2.

(8) منح الجليل: 75/7.

المذهب الثاني: النفقة على المستعير مادامت العين في يديه، وهو مذهب الحنفية[1]، والصحيح من مذهب المالكية[2]، وقول عند الشافعية[3]، واختاره ابن تيمية من الحنابلة[4].

واستدلوا بما يأتي:

1. العرف: فإنّ العرف جارٍ من العصر الأول إلى الآن أنّ مؤنة المُعار على المستعير لا على المعير[5].

2. المعقول: حيث إنّ المستعير ينتفع بالمستعار بلا عوض، فهو عنده لينتفع به، ولأنّ كل محبوس لمنفعة غيره تلزمه النفقة[6].

الترجيح:

الراجح مما تقدّم أنّ نفقة العين المستعارة على المستعير، لأنّ المالك بذل العارية تبرعاً وبلا عوض، فلا يجوز أن نفرض عليه نفقتها في الوقت الذي ينتفع بها غيره، وهو الموافق للعرف الجاري بأنّ من استعار دابّة أو سيارة أو أي آلة أخرى، فإنّه على المستعير مؤنتها، ولأنّ النفع له، فكذلك المؤنة عليه، والله أعلم.

---

(1) البحر الرائق: 280/7، مجلة الأحكام العدلية: 156.

(2) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 441/3، لوامع الدرر: 449/10.

(3) مغني المحتاج: 319/3، الوضوح: 616/4.

(4) مجموع الفتاوى: 413/5.

(5) الوضوح: 616/4.

(6) رد المحتار: 638/3.

المطلب الرابع: الـــوقـف

أولاً: مفهوم الوقف:

1.الوقف لغة: مصدر مِن وقَفَ يَقِفُ وَقْفاً، ووُقوفاً: أي الحبس، يُقال: وقفتُ الأرضَ على الفقراء وَقْفاً: حبستها، والجمع: أوقاف، وللوقف معانٍ أخرى منها: السكون، يقال: وقفتِ الدابة: أي سكنت، والمنعُ، يُقال: وقفْتُ الرجلَ: أي منعتُهُ، وخلاف الجلوس[1].

2.الوقف اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريف الوقف بناء على اختلافهم فيمن ينتقل إليه ملك العين الموقوفة، وفيما يلي تعريفاتهم:

عند أبي حنيفة، أنه: (حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة)، وعند أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة، هو: (حبس العين على حكم ملك الله تعالى)[2] .

وعند المالكية هو: (إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازمًا بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرا)[3].

وعند الشافعية هو: (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح)[4].

وعند الحنابلة هو: (تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة بر، تقربا إلى الله تعالى)[5].

---

(1) لسان العرب: 263/15، المصباح المنير: 669/2.

(2) الهداية: 15/3، البحر الرائق: 202/5.

(3) المختصر الفقهي: 429/8، مواهب الجليل: 18/6.

(4) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 235/6، مغني المحتاج: 522/3.

(5) الإنصاف: 3/7، كشاف القناع: 240/4.

يتبين من هذه التعريفات أنّ العين الموقوفة تبقى على ملك الواقف عند أبي حنيفة[1]، والمالكية[2]، أما عند الصاحبين[3]، وفي صحيح مذهب الشافعية[4]، وفي قول عند الحنابلة[5]، فإنّ ملك الواقف يزول عن الموقوف بالوقف، وينتقل ملكيته إلى الله سبحانه وتعالى، وفي وجه عند الشافعية[6]، وظاهر مذهب الحنابلة[7]، أنّ ملك الواقف يزول عن الموقوف، وينتقل ملكيته إلى الموقوف عليه، والأولى في تعريف الوقف هو: (حبس العينِ، والتصدّق بالمنفعة)[8]، أي حبس أصل الشيء، مع بقاء ملكيته لله سبحانه وتعالى، والتصدق بمنفعته على جهة خيرية عامة كالفقراء والمساجد والمستشفيات، أو جهة خيرية خاصة يعينها الواقف.

ثانياً: مشروعية الوقف:

دلّ على مشروعية الوقف السنة النبوية والإجماع:

1. السنة النبوية: عن ابن عمر ﷺ أنه قال: ((أَصَابَ عُمَرُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ، لَمْ أُصِبْ مَالًا قَطُّ هُوَ أَنْفَسُ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُنِي بِهِ؟ قَالَ: ((إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا))، قَالَ: فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ، أَنَّهُ لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا، وَلَا يُبْتَاعُ، وَلَا يُورَثُ، وَلَا يُوهَبُ، قَالَ: فَتَصَدَّقَ عُمَرُ فِي الْفُقَرَاءِ، وَفِي الْقُرْبَى، وَفِي الرِّقَابِ، وَفِي سَبِيلِ اللهِ، وَابْنِ السَّبِيلِ،

---

(1) ينظر: تبيين الحقائق: 325/3، والعناية: 203/6.

(2) ينظر: الذخيرة: 328/6، ومواهب الجليل: 18/6.

(3) ينظر: تبيين الحقائق: 325/3، والعناية: 203/6.

(4) ينظر: البيان: 75/8، وروضة الطالبين: 342/5.

(5) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد: 254/2، والمبدع: 165/5.

(6) ينظر: البيان: 75/8، وروضة الطالبين: 342/5.

(7) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد: 254/2، والمبدع: 165/5.

(8) الموسوعة الفقهية الكويتية: 107/3.

وَالضَّيْفِ، لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ قَالَ: فَحَدَّثْتُ بِهَذَا الْحَدِيثِ مُحَمَّدًا، فَلَمَّا بَلَغْتُ هَذَا الْمَكَانَ: غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ[1] فيهِ))[2].

وجه الدلالة: أنّ عمر ﷺ تصدّق به في سبيل الله حيث لا يُباع ولا يوهب ولا يورث، فكان سؤاله ﷺ عن جهة التقرب، فأجابه النبي ﷺ: ((حَبَسْتَ أَصْلَهَا)) فالظاهر أنّ البرَّ يحصل بحبس أصل الشيء ووقفه في سبيل الله[3].

2. الإجماع: فقد وقع الإجماع في جواز الوقف في الصدر الأول، قال الترمذي: (والعمل على هذا عند أهل من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، لا نعلم بين المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً في إجازة وقف الأرضين وغير ذلك)[4].

أمّا أبو حنيفة، فإنّه قد خالف الجمهور في جواز الوقف، وقد كان أبو يوسف يجيز بيع الوقف، فلمّا بلغه حديث عمر ﷺ، قال: هذا لا يسع أحد خلافه، ولو بلغ أبا حنيفة لقال به، فرجع أبو يوسف عن بيع الوقف[5].

---

(1) غير متمول فيه: غير متخذ منها مالاً، والمراد أنه لا يمتلك شيئاً من رقابها ومالها، ينظر: فتح الباري: 491/5.

(2) متفق عليه: صحيح البخاري: 10/4 ، كتاب الوصايا، باب وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته، رقم الحديث: 2764، صحيح مسلم: 1255/3، كتاب الوصية، باب الوقف، رقم الحديث: 1632 ، واللفظ لمسلم.

(3) المختصر الفقهي: 431/8، البيان: 59/8.

(4) سنن الترمذي: 651/3، أبواب الأحكام، باب الوقف، رقم الحديث: 1375.

(5) فتح الباري: 492/5.

ونقل ابن حجر عن القرطبي قوله: (ردّ الوقف مخالف للإجماع، فلا يلتفت إليه)[1]، ثمّ قال ابن حجر: (حتى صار كأنّه لا خلاف فيه)[2].

ثالثاً: الوقف والعرف:

المسائل الفقهية التي احتجّ الفقهاء بالعرف فيها هي كالآتي:

المسألة الأولى: ألفاظ الوقف:

الألفاظ التي ينعقد بها الوقف هي: وقفْتُ، وتصدّقْتُ، وحبسْتُ، وسبلْتُ، وحرّمْتُ، وأبّدْتُ، ومن هذه الألفاظ ما يدلّ على الوقف صراحة من غير قرينة، ومنها ما لا يدلّ على الوقف إلا بقرينة، على خلاف بين الفقهاء[3].

الاحتجاج بالعرف في ألفاظ الوقفِ:

احتجّ الفقهاء بالعرف في تفسير ألفاظ الواقف في الوقف المطلق، وأنّ العرف هو المرجع لبيان مدلول الوقف.

قال ابن عابدين: (أن ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم)[4].

وقال القاضي عبدالوهاب (المتوفى 422هـ) في الألفاظ التي ينعقد بها الوقف: (مفهوم هذه اللفظة في العرف أنه يقصد بها السبيل وتأبيد حبسها وتمليك منفعتها على الدوام فوجب الحكم بذلك فيها)[5].

وقال ابن الصلاح: (وينزل العرف في ذلك منزلة اشتراط الواقف له في وقفه تصريحا لما تقرر من تأثير العرف في ألفاظ العقود مطلقات الأقوال)[6].

---

(1) المصدر نفسه: 492/5.

(2) المصدر نفسه: 492/5.

(3) ينظر: البحر الرائق: 205/5، والتوضيح: 293/7، والمهذب: 679/3، والمبدع: 153/5.

(4) رد المحتار: 445/4.

(5) المعونة على مذهب عالم المدينة: 1595/3.

(6) فتاوى ابن الصلاح: 370/1.

وقال ابن تيمية: (وكلام الواقفين والحالفين والموصين ونحوهم محمول على الحقائق العرفية دون اللغوية)[1].

وعلى هذا يكون تفسير النصوص راجع إلى الواقف وقصده، فإن كان اللفظ صريحاً عمل به بموجب مدلوله الصريح، كمن قال: وقفت أرضي هذه على أولادي الأحياء الآن دون غيرهم، فإنّه يصرف إليهم ولا يصرف لمن ولد له بعدهم لصراحة اللفظ، وإن قال على أولادي وسكت، فإن وجدت قرينة تدل على أنه أراد الأحياء منهم فقط، فكذلك، وإلا كان المرجع إلى العرف لبيان قصده[2]. وهذا ما اتفق عليه الفقهاء، بأنّ ألفاظ الواقف تبنى على العرف[3].

المسألة الثانية: الشرط والوقف:

أولاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في شرط الو اقف:

قال ابن عابدين: (وإن جهل شرط الواقف فيها عمل فيها بما جرت به العوائد السالفة كما هو الحكم في سائر الأوقاف)[4].

وقال ابن الصلاح: (وإن لم يتعرض الواقف لاشتراط ذلك لفظا بنفي ولا إثبات لتنزل العرف في مثل هذا بمنزلة الاشتراط لفظا)[5].

---

(1) مجموع الفتاوى: 144/31.

(2) بحوث وفتاوى فقهية معاصرة: 242.

(3) ينظر: الدر المختار: 445/4، والمعونة: 1595/3، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 86/4، ونهاية المطلب: 351/8، 401، وكشاف القناع: 260/4- 261.

(4) رد المحتار: 624/2.

(5) فتاوى ابن الصلاح: 373/1.

وقال ابن تيمية: (والعادة المستمرة والعرف المستقر في الوقف يدل على شرط الواقف أكثر مما يدل لفظ الاستفاضة)[1].

يتبين من كلامهم أنّه إذا جهل شرط الواقف، فالمرجع في معرفة قصده من الوقف هو العرف والعادة.

ثانياً: شرط الو اقف في الفقه الإسلامي:

ففي الجملة إنّ الفقهاء متفقون على أنّ شرط الواقف واجب الإتباع، وأنّه يُرجع إليه في بيان قصده من الوقف، وذلك إن كان الشرط معلوماً صحيحاً معتبراً، ولم يكن منافياً لمقتضى الوقف، وإن اختلفوا في تفاصيل بعض الشروط[2].

أما إذا جُهل شرط الواقف، فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: التسوية بين المستحقين في الاستحقاق، وهو مذهب المالكية[3]، والشافعية[4]، وهو قول عند الحنابلة[5].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ التسوية هي الأصل الذي يرجع إليه[6].

---

(1) الفتاوى الكبرى: 429/5.

(2) ينظر: البحر الرائق: 265/5- 266، والتوضيح: 300/7، ومغني المحتاج: 552/3، والإنصاف: 53/7.

(3) الذخيرة: 329/6.

(4) روضة الطالبين: 352/5، مغني المحتاج: 556/3.

(5) المبدع: 171/5.

(6) الذخيرة: 329/6.

المذهب الثاني: الرجوع إلى العرف والعادة، وإليه ذهب الحنفية[1]، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[2].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ العرف يدلّ على شرط الواقف أكثر مما يدل عليه لفظ الاستفاضة[3].

المذهب الثالث: التوقف حتى يصطلحوا، وهو قول المتأخرين من الشافعية، وهو القياس عندهم[4].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّه لا يدخل في الوقف من لم يكن مستحقاً، وأما غير المستحق فلا مدخل له في الوقف والاصطلاح، فبالتوقف يظهر ذلك[5].

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني، وأنّ المرجع فيما جهل من شروط الواقف هو العرف والعادة، لأنّ العرف ينزل منزلة الشرط عند عدمه أو الجهل بوجوده، أمّا عند فقدان العرف، أو عند وجوده لكنه مضطرب فإنّه يُسوّي بين المستحقين في الاستحقاق، والله أعلم.

---

(1) رد المحتار: 624/2.

(2) الإنصاف: 78/7، منار السبيل: 10/2.

(3) الفتاوى الكبرى: 429/5.

(4) روضة الطالبين: 352/5، كفاية الأخيار: 414.

(5) نهاية المطلب: 406/8.

المطلب الخامس: الوصيـــة

أولاً: مفهوم الوصية:

1.الوصية لغة: مِن وصى: اتصل ووصل، وأوصاه توصية: عهِدَ إليه الأمرَ، والاسم: الوِصاية، والوَصاية، والوصية، وجمع الوصية: وصايا، وجمع الوصي: أوصياء[1].

2.الوصية اصطلاحاً: اختلفت عبارات العلماء في تعريف الوصية اصطلاحاً، وهي كالآتي:

فعند الحنفية هي: (تمليك مضاف لما بعد الموت)[2].

وعند المالكية هي: (عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده)[3].

وعند الشافعية هي: (التبرع المضاف لما بعد الموت)[4].

وعند الحنابلة هي: (التبرع بعد الموت)[5].

يتبين مما مرَّ أنّ هذه التعريفات مدارها على التبرع الحاصل بعد الموت، وأرجحها هو تعريف الحنفية، وهو ما يمنحه الإنسان بعد موته منفعة كانت أو عيناً، فخرج بقيد (لما بعد الموت) الهبة[6].

أما الوصاية اصطلاحاً: فقد عرِّفت أيضاً بعبارات مختلفة متقاربة المعنى، وهي الآتي:

فعند الحنفية هي: (تفويض التصرف في ماله، ومصالح أطفاله إلى غيره بعد موته)[7].

---

(1) المصباح المنير: 662/2، والقاموس المحيط: 1369.

(2) البحر الرائق: 459/8.

(3) المختصر الفقهي: 418/10، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 422/4.

(4) مغني المحتاج: 66/4.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد: 265/2.

(6) ينظر: رد المحتار: 648/6.

(7) درر الحكام: 427/2.

وعند الشافعية هي: (العهد إلى مَن يقوم على مَن بعده)[1].

وعند الحنابلة هي: (الأمر بالتصرف بعد الموت)[2].

يتبين مما سبق أنّ الوصاية نوع من أنواع الوصية، أو جزء منه، وهو عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة[3]. أما عند المالكية فهما بمعنى واحد[4]، وتعريف الحنابلة من أجمعها وأشملها، فإنّ الإنسان يختار شخصاً لينوب عنه في التصرف في الأعيان التي يجوز له أن يتصرف فيها من ماله وأولاده، إذا الوصاية جزء من الوصية، لذا جاء تعريف الوصاية بلفظ التصرف وليس التمليك.

والوصي: هو مَن عهد إليه الأمر[5].

ثانياً: مشروعية الوصية:

ثبتت مشروعيتها بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 180].

وجه الدلالة: أنّ الإنسان إذا قرُب سبب موته، فإنّه يجوز له أن يوصي[6].

---

(1) مغني المحتاج: 66/4، تحرير الفتاوى: 442/2.

(2) الإنصاف: 103/7، كشاف القناع: 335/4.

(3) ينظر: البحر الرائق: 459/8، ومغني المحتاج: 66/4، والمبدع: 228/5، والموسوعة الفقهية الكويتية: 205/7.

(4) ينظر: المختصر الفقهي: 418/10، ومنح الجليل: 503/9، والموسوعة الفقهية الكويتية: 205/7.

(5) معجم لغة الفقهاء: 503.

(6) أحكام القرآن لابن العربي: 96/1.

2. السنة النبوية: روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: ((مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ))[1].

وجه الدلالة: أنّ الوصية مشروعة، لأنّ التبرع في الحياة مندوب إليه، فكذلك بعد الموت[2].

3. الإجماع: أجمع المسلمون على جواز الوصية[3].

ثالثاً: الوصية والعرف:

المسائل الفقهية المتعلقة بالوصية، والمبنية على العرف، وفق ما احتج به الفقهاء هي كالآتي:

المسألة الأولى: مدلولات ألفاظ الوصية:

تنعقد الوصية بكل لفظ يدل على تمليك عينٍ أو منفعة بعد الموت، وأنّ هذه الألفاظ التي تقوم بها الوصية تُحمل على العرف، وهو ما اتفق عليه الفقهاء، فإنّ العرف هو المرجع في تفسير ألفاظ الوصية[4]، وهو ما احتجّ به الفقهاء في بيان مدلولات ألفاظ الوصية، وفيما يأتي احتجاجهم بالعرف فيها:

1. الوصية للفقراء والمساكين:

---

(1) متفق عليه: صحيح البخاري: 2/4، كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي ﷺ: ((وصية الرجل مكتوبة عنده))، رقم الحديث: 2738، صحيح مسلم: 1249/3، كتاب الوصية، رقم الحديث: 1627.

(2) المبسوط: 142/27.

(3) بدائع الصنائع: 330/7، التوضيح: 471/8، مغني المحتاج: 66/4، كشاف القناع: 335/4.

(4) ينظر: بدائع الصنائع: 344/7، والهداية: 531/4، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 4/432-433، والتوضيح: 503/8، وروضة الطالبين: 178/6، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج: 7/41-42، والمغني: 453/7، ودقائق أولي النهى: 466/2.

قال خليل: (ويدخل الفقراء في المساكين وبالعكس ..... لأنّهما كالمترادفين عرفاً)[1].

وقال قاضي شهبة: (ويدخل في وصية الفقراء المساكينُ وعكسُهُ، فيجوز الصرف لهؤلاء من الوصية لهؤلاء وعكسه، لأن كلّ واحد من الاسمين يقع على كلّ من الفريقين عند الانفراد في العرف)[2].

أي أنّ لفظ الفقير يشمل المسكين، وكذلك المسكين يشمل الفقير عرفاً، فإذا أوصى لأحدهما شملت الوصية الآخر.

2. الوصية للجار:

قال الزيلعي: (جار الرجل من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة؛ لأن الكل يسمون جارا عرفا وشرعا) ثم قال: (ولأن المقصود بالوصية للجيران أن يبرهم ويحسن إليهم واستحبابه ينتظم الملاصقين وغيرهم)[3].

وقال ابن قدامة: (فالجار هو المقارب، ويرجع في ذلك إلى العرف)[4].

أمّا حدّ الجار فقد اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

فذهب الشافعية والحنابلة والأوزاعي إلى أن حد الجوار أربعون دارا من كل ناحية[5].

واستدلّوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "حَقُّ الْجِوَارِ أَرْبَعُونَ دَارًا هَكَذَا، وَهَكَذَا، وَهَكَذَا، يَمِينًا وَشِمَالًا، وَقُدَّامًا وَخَلْفًا"[6].

---

(1) التوضيح: 503/8.

(2) بداية المحتاج: 618/2.

(3) تبيين الحقائق: 200/6.

(4) المغني: 234/6.

(5) ينظر: الحاوي الكبير: 272/8، وبحر المذهب: 80/8، والمغني: 233/6، وكشاف القناع: 363/4.

(6) رواه أبو يعلى في مسنده برقم (5982): 240/8. والحديث ضعيف، ينظر: مجمع الزائد: 168/8، والتلخيص الحبير: 207/3.

وذهب أبو حنيفة، والمالكية، وهو وجه عند الشافعية إلى أنّ الجار هو الملاصق[1].

واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: (الجار أحق بشفعته)[2].

وجه الدلالة: قد أجمع الفقهاء على أن الشفعة لا يستحقها غير الملاصق فوجب حمل لفظ الوصية عليها فعلق الحكم بالشرع، ولأن الاسم إن رجعنا فيه إلى اللغة فإنهم يسمون من جمعت القبيلة جارا وإن كان بينه وبينهم أكثر من أربعين دارا، وإن اعتبرنا الشرع لم يختص ذلك بالأربعين[3].

وذهب الصاحبان (أبو يوسف ومحمد) إلى أن الجار هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي، ويجمعهم المسجد؛ لأنهم يسمون جيرانا عرفا وشرعا[4].

3.الوصية للمسجد:

قال السرخسي: (وعلى قول محمد هذه الوصية جائزة من ثلثه؛ لأن العرف يقيد مطلق لفظه، وفي العرف إنما يفهم من هذا اللفظ مرمة المسجد أو عمارته)[5].

وقال المجلسي (المتوفى 1302هـ): (إذا أوصى للمسجد فإنه يصرف في مصالح المسجد من مرمته وحصره وزيته كقومته أي خدمته من إمام ومؤذن ونحوهما فيما زاد على ذلك أو فيما لم يحتج لما مر احتاجوا أم لا، ولعل قوله: "وصرف في مصالحه" إن اقتضى العرف ذلك)[6].

---

(1) ينظر: التجريد: 4014/8، ومنح الجليل: 530/9، ونهاية المطلب: 318/11.

(2) سنن الترمذي: 643/3، أبواب الأحكام، باب: ما جاء في الشفعة للغائب، برقم: 1369، وقال: حديث غريب، وقال ابن حجر: رجاله ثقات، ينظر: بلوغ المرام: ص268.

(3) ينظر: التجريد: 4014/8.

(4) ينظر: الهداية: 529/4.

(5) المبسوط: 95/28.

(6) لوامع الدرر: 384/14.

وقال أبوبكر المصنف: (وتنزل الوصية على عمارته ومصالحه، اتباعاً للعرف، فإنّ العرف يحمل الوصية أو الوقف على المسجد مطلقا على العمارة والمصالح)[1].

أي إنّ مصالح المسجد من ترميم أو تنظيف أو دفع أجور الكهرباء والماء وغيرها، تدخل تبعاً للفظ المسجد عند إطلاقه في الوصية عملا بالعرف.

4. الوصية للأقارب:

قال بدرالدين العيني (المتوفى 855هـ): (فإن الآباء والأولاد لا يسمون أقرباء، لأنهم أقرب من القرابة) ثم قال: (ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا من حيث العرف)[2].

وقال النووي: (لا يدخل الأبوان والأولاد، ويدخل الأجداد والأحفاد، لأن الوالد والولد لا يعرفان بالقريب في العرف، بل القريب من ينتمي بواسطة)[3].

أي أن من أوصى لأقربائه فهي لذوي قرابته أو أرحامه، أو أنسبائه ولا يدخل فيهم الوالدين والأولاد، لأنهم لا يسمون أقارب عرفاً[4].

المسألة الثانية: نفقة الوصي على اليتيم:

إنفاق الوصي على اليتيم: هو المال الذي ينفقه الوصي بحسب كثرته وقلته على اليتيم من ماله، كالنفقة على طعامه وكسوته وتعليمه وختانه وعرسه، بشرط عدم الإسراف والإضرار بماله[5].

احتجاج الفقهاء بالعرف في نفقة الوصي على اليتيم:

قال ابن الحاجب: (وينفق عليه بالمعروف)[6].

---

(1) الوضوح: 562/5.

(2) البناية: 468/13.

(3) روضة الطالبين: 173/6.

(4) ينظر: اللباب شرح الكتاب: 180/4، والبناية: 468/13، وروضة الطالبين: 173/6.

(5) ينظر: الذخيرة: 171/7، والأم: 127/2، وموسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي: 437/4.

(6) جامع الأمهات: 548.

وقال الشيرازي: (وينفق عليه بالمعروف من غير اسراف ولا إقتار)[1].

وقال ابن تيمية: (ينفق على اليتيم بالمعروف)[2].

أي أنّ الوصي ينفق، ويصرف على اليتيم من ماله بما جرى عليه العرف، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء[3].

المسألة الثالثة: أجرة الوصي:

وهو ما يأخذه الوصي من مال اليتيم مقابل قيامه على ماله.

أولاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في أجرة الوصي:

جاء في الفتاوى الهندية: (وفي الاستحسان يجوز له أن يأكل بالمعروف إذا كان محتاجا بقدر ما يسعى في ماله)[4].

وقال ابن الصلاح: (يتناول أقل الأمرين، من كفايته بالمعروف، أو أجرة عمله)[5].

وجاء في الفقه المنهجي: (وإن كان فقيراً، وشغلته هذه الرعاية عن كسبه والتفرغ لشأن نفسه، جاز له أن يأخذ أجراً على ذلك بالمعروف. وإنما يعين القدر الذي يقضي به العرف الحاكم أو من يقوم مقامه)[6].

---

(1) المهذب: 277/3.

(2) مجموع الفتاوى: 331/31.

(3) مراتب الإجماع: 111، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي: 437/4، وينظر: مجمع الضمانات: 411، ورد المحتار: 725/6، والذخيرة: 171/7، والتوضيح: 564/8، والأم: 127/2، والمهذب: 277/3، والمغني: 346/6، وكشاف القناع: 229/4.

(4) الفتاوى الهندية: 150/6.

(5) فتاوى ابن الصلاح: 292/1.

(6) 253/8.

وقال ابن عثيمين: (ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف، أي: بما جرى به العُرْف من غير إسراف ولا نقص، والأفضل أن يستعفف)[1].

أي أنّه يجوز للوصي الذي يتعامل في مال الصبي أنْ يأخّذ أجرة على عمله، وتكون الأجرة حسب العادة.

ثانياً: حكم أخذ الوصي من مال اليتيم في الفقه الإسلامي:

اتفق العلماء على تحريم أكل مال اليتيم ظلمًا وإسرافًا ويُعدّ ذلك من الكبائر؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: 10][2]، واتفقوا على أنّ الوصيَّ إذا فُرض له أجرة في مال الموصى عليه مقابل القيام بالوصاية، كان له أخذها، غنياً كان الوصيّ أو فقيراً[3].

واتفقوا على أنّ الوصي الغني لا يجوز له أن يأكل من مال اليتيم[4].

أمّا إذا لم يُفرض للوصي أجرة، ولم يكن غنياً، فقد اختلف الفقهاء في جواز أخذه من مال الموصى عليه على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أنّه يجوز للوصي الفقير أن يأخذ من مال اليتيم على سبيل الإباحة من غير تعويض، وهو قول عائشة، ورواية عن ابن عباس رضي الله عنهما[5]، وهو

---

(1) الشرح الصوتي لزاد المستقنع: 4916/1.

(2) الاستذكار: 386/8، أحكام القرآن لابن الفرس: 64/2، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي: 463/4-464.

(3) أحكام القرآن للجصاص: 363/2، رد المحتار: 713/6، مغني المحتاج: 156/3، كشاف القناع: 455/3، المحلى: 202/7، الموسوعة الفقهية الكويتية: 206/43.

(4) ينظر: بدائع الصنائع: 154/5، ومواهب الجليل: 399/6، والبيان: 217/6، والمغني: 343/6، وإجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 16/2.

(5) ينظر: الإشراف: 455/4.

الصحيح من مذهب الحنفية[1]، وإليه ذهب المالكية[2]، وهو الصحيح من مذهب الشافعية[3]، والأصح عند الحنابلة[4].

ثمّ اختلف أصحاب هذا المذهب في القدر الذي يحق للوصي أن يأخذ من مال الموصى عليه.

ذهب الحنفية، إلى أنّه يأخذ بالمعروف وهو الوسط من غير إسراف[5].

وذهب المالكية إلى أنّه يجوز للوصي الفقير أن يأخذ قدر أجرة مثله[6].

وذهب الشافعية[7]، والحنابلة[8]، إلى أنّ له أن يأخذ أقل الأمرين من كفايته بالمعروف، أو أجرة المثل.

واستدلّ أصحاب المذهب الأول عموماً على جواز أخذ الوصي الفقير من مال الموصى عليه بما يأتي:

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6].

---

(1) بدائع الصنائع: 154/5، مجمع الضمانات: 713، رد المحتار: 713/6.

(2) المعونة: 1178، مواهب الجليل: 399/6.

(3) الحاوي: 365/5، روضة الطالبين: 190/4.

(4) المغني: 343/6، المبدع: 317/4.

(5) بدائع الصنائع: 154/5.

(6) المعونة: 1178.

(7) روضة الطالبين: 190/4.

(8) المغني: 343/6.

وجه الدلالة: أنّ الفقير يأخذ ما يستحقه بالعمل والحاجة معاً، فله أن يأخذ أقل الأمرين منهما، وقول الله ﷻ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: 6] ، يدلّ على أنّ الموسر لا يأخذ من مال اليتيم شيئاً[1].

2. السنة النبوية: روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جدّه، أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال: إني فقير، وليس لي شيء، ولي يتيم، فقال: ((كُلْ من مالِ يتيمِكَ غيرَ مُسرِفٍ، ولا مُبادِرٍ، ولا مُتأثلٍ))[2].

وجه الدلالة: أنّ الوصي استحقّ أجرة على ما يقوم به، ويُقدَّر بقدر عمله[3].

3. الأثر: روي عن عائشة رضي الله عنها في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6]، قالت: (نَزَلَتْ فِي وَالِي الْيَتِيمِ إِذَا كَانَ فَقِيرًا، أَنَّهُ يَأْكُلُ مِنْهُ مَكَانَ قِيَامِهِ عَلَيْهِ بِمَعْرُوفٍ)[4].

---

(1) المغني: 6/343-344.

(2) سنن أبي داود: 4/495 ، كتاب الوصية ، ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم، رقم الحديث: 2872، سنن ابن ماجه: 4/21، أبواب الوصايا، باب قوله: [ومَن كان فقيراً فَلْيَأكُل بالمعروف] [النساء: 6]، رقم الحديث: 2718، سنن النسائي: 6/256، كتاب الوصايا، باب ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه، رقم الحديث: 3668، وقال ابن حجر: (إسناده قوي): فتح الباري: 8/304.

وقوله (غير مسرف) أي: غير مفرط فيما ينفق على نفسه، (ولا مبادر) أي: لا يسرع في أكل مال اليتيم مخافة بلوغه، (ولا متأثل) أي: لا يتخذ أصل ماله من مال اليتيم، ينظر: المفاتيح في شرح المصابيح: 4/143.

(3) المبدع: 4/317.

(4) متفق عليه: صحيح البخاري: 6/43، كتاب تفسير القرآن، باب [ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف، فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا] [النساء: 6]، رقم الحديث: 4575، صحيح مسلم: 4/2315، كتاب التفسير، رقم الحديث: 3019.

وجه الدلالة: أنّ الوصي ناظر في مصلحة غيره، فيجوز له أن يأخذ قدر كفايته، مقابل ما يقوم به من العناية والعمل من مال اليتيم[1].

4. القياس: أنّ العوض يكون بدل عمل معين، ولا يلزم بدله، كالأجير والمضارب[2].

المذهب الثاني: يجوز للوصي أن يأخذ من مال اليتيم على سبيل القرض، إن أيسر رده، وهو قول

ابن عمر، ورواية عن ابن عباس رضي الله عنهما، وقولٌ للحنفية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

واستدلوا بما يأتي:

1. الأثر: ما روي عن عمر رضي الله عنهما قال: (إِنِّي أَنْزَلْتُ نَفْسِي مِنْ مَالِ اللهِ بِمَنْزِلَةِ وَالِي الْيَتِيمِ، إِنِ احْتَجْتُ أَخَذْتُ مِنْهُ، فَإِذَا أَيْسَرْتُ رَدَدْتُهُ، وَإِنِ اسْتَغْنَيْتُ اسْتَعْفَفْتُ)[6].

2. المعقول: لأنّه أكل مال غيره للحاجة، فيجب عليه أن يردّ ما اضطرته الحاجة إلى أخذه وأكله[7].

---

(1) المعونة: 1178.

(2) المغني: 344/6.

(3) بدائع الصنائع: 154/5، مجمع الضمانات: 398.

(4) الحاوي الكبير: 365/5، المهذب: 378/3.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد: 197/2.

(6) السنن الكبرى للبهقي: 7/6، جماع أبواب الخراج بالضمان والردّ بالعيوب وغير ذلك، باب من قلا يقضيه إذا أيسر، الرقم: 11001، وقال ابن حجر: سنده صحيح، ينظر: فتح الباري: 187/13.

(7) المهذب: 278/3.

وأجيب: بأنّه أكل من مال اليتيم لورود أمر الله سبحانه وتعالى فيه بالأكل بالمعروف من غير ذكر العوض، فأشبه سائر الأوامر[1].

المذهب الثالث: لا يجوز للوصي أن يأخذ من مال اليتيم شيئاً، وهو القياس عند الحنفية[2]، وهو مذهب الظاهرية[3].

واستدلوا بقول الله ﷻ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء:10]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ﴾ [النساء: 127] .

وجه الدلالة: أنها آيات محكمات غير منسوخات، يحظر على الولي غنياً كان أو فقيراً أن يأكل أو يأخذ من أموال اليتامى شيئاً[4].

وأجيب بأنّ الولي الفقير له أن يأخذ من مال اليتيم مقابل عمله، بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6]، وهي آية محكمة[5].

ورُدّ: بأنّ قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6]، متشابهة، والجواب على الاستشهاد بهذه الآية من وجهين:

الأول: أن القصد من الأكل هو أن يأكل الوصي من مال نفسه دون الفقير[6].

---

(1) المغني: 344/6.

(2) رد المحتار: 713/6.

(3) المحلى: 202/7.

(4) أحكام القرآن للجصاص: 361/2.

(5) البيان: 217/6.

(6) أحكام القرآن للجصاص: 361/2، المحلى: 202/7.

الثاني: أنّها منسوخة نسختها الآية التي تليها: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: 10]، فتبين أن الآية التي استشهدوا بها متشابهة، والله أمرنا أن نردّ المتشابه إلى المحكم[1].

وأجيب: بأنّ دعوى النسخ بعيد، لأنّ قوله ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ هو الجائز الحسن، وقوله ﷻ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾ فكيف ينسخ الظلم المعروف؟ بل هو تأكيد للجواز[2].

الترجيح:

تبين من مناقشة الأدلة أنّه لا يجوز للوصي أن يأكل من مال اليتم، إلا إذا كان الوصي فقيراً، فيُقدّر له القاضي أو الجهات المختصة، أو أهل الخبرة أجرةً معلومة، مقابل ما يقوم به من مصلحة اليتيم، ويجب أن تكون الأجرة معلومة مقابل عمل معلوم، والله أعلم.

المسألة الرابعة: تصرفات الوصي المالية في أموال اليتامى:

الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال المدرس: (لجواز المعاملة بالمصلحة من قبل الأولياء في أموال اليتامى أو وجوبها، وجريان العادة والعرف المطرد بذلك)[3].

(1) أحكام القرآن للجصاص: 361/2.

(2) أحكام القرآن لابن العربي: 354/1.

(3) الفتاوى العراقية: 109/2.

وهذا ما اتفق عليه الفقهاء، فقد اتفقوا على أنّه يجوز للوصي أن يتّجر في مال الموصى عليه، وذلك وفقاً للمصلحة وعدم الضرر بأمواله[1]، مستدلين بقول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: 152]، وقوله ﷻ: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: 220].

وجه الدلالة: يجوز للوصي خلط ماله بمال اليتيم، ويجوز له التصرف فيه بالبيع والشراء وسائر المعاملات، إذا كان ذلك صلاحا لليتيم وماله[2].

(1) ينظر: المبسوط: 22/18-20، والبحر الرائق: 8/534، والمعونة: 1177، والذخيرة: 8/241، والمهذب: 3/273، والبيان: 6/208، والمغني: 6/338، وكشاف القناع: 3/449، والموسوعة الفقهية الكويتية: 27/24.

(2) ينظر: أحكام القرآن للجصاص: 2/13.

المبحث الرابع: عقــود الاستيــلاء

المطلب الأول: إحياء المَوات

أولاً: مفهوم إحياء الموات:

1. الإحياء لغة: أحيا الشيءَ: أي جعله حياً، وإحياء الأرض: المباشرة بإعمارها، والحيّ، والحيوان، والحياة: نقيض الموت، والجمع أحياء[1].
2. المَوات لغة: مِن مات يموت موتاً، وميّت: فهو ضد الحيّ، والمَوات: أرض لا مالك لها، وهي التي لم تُزرع ولم تُعْمَر[2].
3. المَوات اصطلاحاً: (هي الأرض التي لم تُعمر قط)[3]، وهي الأرض التي لم يُنتفع بها، ولا يُعرَف لها مالك[4].
4. إحياء الموات اصطلاحاً: (عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد)[5].

أي: الانتفاع بالأرض الميتة التي لا مالك لها وإعمارها، بوجه من الوجوه، وذلك بالغرس، أو الزرع، أو البناء، أو إجراء الماء فيها، أو التحويط عليها بحائطٍ منيعٍ[6].

---

(1) لسان العرب: 148/3، و292/4، القاموس المحيط: 1329.

(2) لسان العرب: 148/3، القاموس المحيط: 157.

(3) كفاية الأخيار: 407.

(4) ينظر: الهداية: 383/4، والذخيرة: 147/6، ومغني المحتاج: 495/3، والكافي في فقه الإمام أحمد: 243/2.

(5) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 33، وينظر: معجم لغة الفقهاء: 48.

(6) ينظر: أنيس الفقهاء: 105، معجم لغة الفقهاء: 48.

ثانياً: مشروعية إحياء الموات:

ثبتت مشروعية إحياء الموات بالسنة النبوية والإجماع:

1. السنة النبوية: روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: أنّ رسول الله ﷺ قال: ((مَنْ أَعْمَرَ أَرْضاً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ لَهُ))[1].

وجه الدلالة: هذا الحديث أصل في مشروعية إحياء الموات[2].

2. الإجماع: أجمع الفقهاء على جواز إحياء الموات[3].

ثالثاً: إحياء الموات والعرف:

المسائل الفقهية المتعلقة بإحياء الموات، والتي احتجّ الفقهاء بالعرف فيها هي كالآتي:

المسألة الأولى: صفة الإحياء:

أولاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في مسألة صفة الإحياء:

قال داماد أفندي (المتوفى 1078هـ): (فالمراد من الإحياء عرفا التصرف والانتفاع بأن يبني فيها بناء أو يزرع فيها زرعا أو يغرس فيها شجرا أو نحو ذلك)[4].

وقال ابن الحاجب: (وأمّا الإحياء فما يُعدّ في العرف عمارة مثلها)[5].

وقال الماوردي: (وإنما أطلق رسول الله صلى الله عليه وسلم - ذكر الإحياء ولم يقيده وإن كان مختلفا، لأن للناس فيه عرفا وكلهم إليه كما أطلق ذكر الحرز في قطع السارق

---

(1) صحيح البخاري: 106/3، كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضا مواتاً، رقم الحديث: 2335.

(2) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 202/6، المبدع: 98/5.

(3) البيان: 474/7، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 75/2، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي: 82/2.

(4) مجمع الأنهر: 557/2.

(5) جامع الأمهات: 445.

والتفريط في البيع والقبض، لأن للناس فيه عرفا لأن ما لم يتقدر في الشرع ولا في اللغة كان تقديره مأخوذا من العرف، وإذا كان هكذا فعرف الناس في الإحياء يختلف بحسب اختلاف المحيا)[1].

وقال ابن قدامة: (الإحياء ما تعارفه الناس إحياء؛ لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء، ولم يبينه، ولا ذكر كيفيته، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز، ولم يبين كيفيته، كان المرجع فيه إلى العرف، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم، لتعلق بمسماه عند أهل اللسان، فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف)[2].

الظاهر أنّ العرف هو المرجع والمآل في بيان صفة الإحياء وبيان الغرض منه عندهم.

ثانياً: صفة الإحياء في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في كيفية الإحياء، وصفته على النحو الآتي:

ذهب الحنفية إلى أنّ الإحياء يكون بالبناء على الأرض، أو الغراس، أو الكزب[3]، أو السقي[4].

والصحيح من مذهب المالكية أنّ الإحياء يكون بحفر بئرٍ، أو إزالة الماء من أرض غامرة، أو الغرس، أو البناء، أو الحرث، أو قطع الأشجار، أو كسر الأحجار وتعديلها[5].

---

(1) الحاوي الكبير: 486/7.

(2) المغني: 177/8.

(3) الكَرْبُ: كرَب الأرضَ: إذا قلبها للحرث، مختار الصحاح: 566.

(4) البحر الرائق: 238/8، الدر المختار: 671.

(5) مختصر خليل: 211، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 69/4، لوامع الدرر: 338/11.

وذهب المالكية في قول[1]، والشافعية[2]، والحنابلة في رواية[3]، إلى أنّ كيفية الإحياء والغرض منه يرجع إلى العرف.

واستدلوا بأنّ الشرع أطلق لفظ الإحياء ولم يبين الغرض منه، فوجب الرجوع فيه إلى أعراف الناس وعاداتهم، كالقبض في البيع، والحرز في السرقة[4].

وذهب الحنابلة في الرواية الأخرى وهي أصحهما إلى أنّ الإحياء يكون بتحويط الأرض[5].

واستدلوا بما روى سمرة بن جندب (ﷺ) أنّ رسول الله ﷺ قال: ((مَنْ أحَاطَ حَائِطاً عَلَى أرضٍ فَهِيَ لَهُ))[6].

وجه الدلالة: أنّ الحائط حصن منيع، فيحصل الإحياء به[7].

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ الراجح هو الرجوع إلى العرف في بيان كيفية الإحياء، فما عدّه الناس إحياء يُعمل به، فالزرع، والغرس، وتحويط الأرض، وتسويتها، وحفر البئر، وغيرها، وما هي إلا أمثلة وردت في العرف لبيان الإحياء، لا حصره عليها، والله أعلم.

---

(1) جامع الأمهات: 445، الذخيرة: 148/6.

(2) المهذب: 614/3، روضة الطالبين: 289/5.

(3) الكافي في فقه الإمام أحمد: 244/2.

(4) المهذب: 614/3، البيان: 482/7، المغني: 177/8، الكافي في فقه الإمام أحمد: 244/2.

(5) المغني: 177/8، الإنصاف: 368/6.

(6) سنن أبي داود: 685/4، كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب إحياء الموات رقم الحديث: 3077، مسند أحمد: 313/33، مسند البصريين، حديث سمرة بن جندب، رقم الحديث: 20130، وقال بدر الدين العيني: (إسناده صحيح)، نخب الفكر: 437/12.

(7) المغني: 176/8.

المسألة الثانية: مدّة التحجُّر:

أولاً: مفهوم التحجر:

1.التحجر لغة: الحَجْر: المنع، حجّرَ القمرُ: استدار بخط دقيق من غير أن يَغْلُظ، واحتجزتُ حجرةً: اتخذتها، واحتجزتُ الأرض: جعلت عليها مناراً، أو علماً في حدودها لحيازتها[1].

2. التحجّر اصطلاحاً: (هو ضرب حدود حول ما يريد إحياءه)[2].

أي أنّ التحجّر هو أن توضع علامة كحجر، أو غيره على حدود الأرض المراد إحياؤها، وذلك لمنع الغير من إحيائها[3].

ثانياً: احتجاج الفقهاء بالعرف في مدة التحجّر:

قال أبوبكر المصنف: (والرجوع في طول المدّة إلى العادة)[4].

وقال البهوتي: (فإن طالت مدة التحجر ونحوه عرفا ولم يتم إحياؤه وحصل متشوق لإحيائه قيل له، أي: قال الإمام أو نائبه للمتحجر ونحوه: إما أن تحييه أو تتركه لغيرك يحييه لتضييقه على الناس في حق مشترك بينهم)[5].

ثالثاً: طول مدّة التحجّرفي الفقه الإسلامي:

---

(1) المصباح المنير: 121/1، لسان العرب: 41/4.

(2) المختصر الفقهي: 395/8.

(3) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية: 129.

(4) الوضوح: 113/5.

(5) دقائق أول النهى: 368/2.

اتفق الفقهاء على أنّ التحجّر إعلامٌ واختصاص لا تمليك، وأنّه لا يُعتبر إحياء[1]، ولكن اختلفوا في المدة التي يجوز فيها التحجير إلى مذهبين:

المذهب الأول: أنّ الأرض الموات تبقى عند المتحجِّر إلى مدة أقصاها ثلاث سنوات، وإلا أقطع الإمام الأرض إلى غيره، وهو مذهب الحنفية[2]، والمالكية[3].

واستدلوا بما يأتي:

1. الأثر: روي عن عمر ﷺ أنه قال: (ليس لمتحجّر بعد ثلاث سنين حقّ)[4].

وجه الدلالة: جعل الإمام عمر ﷺ مدة الانتظار عامة لجميع المتحجرين، وقدّرها بثلاث سنين، فهي مدّة كافية لكي يحصل المقصود[5].

2. المعقول: فإنّ الأرض دفع له لأجل إعمارها، لينتفع منها هو، وغيره من المسلمين من حيث العمل والزكاة والخراج، فإن لم يقم بالواجب دفعت إلى غيره ليتمّ المقصود من إحيائه[6].

المذهب الثاني: يرجع طول مدّة التحجير إلى العرف، وهو مذهب الشافعية[7]، والحنابلة[8].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّه استولى على حقّ مشترك وضيق على الناس فيه، فلا يجوز إطالة مدّة التحجّر، لأنّه يضر بالمسلمين، فإن طالت المدة، يقول له السلطان أو

---

(1) ينظر: المبسوط: 167/23، والهداية: 384/4، ومنح الجليل: 86/8، والمجموع: 220/15، والكافي في فقه الإمام أحمد: 245/2، والعرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية: 820/2.

(2) الهداية: 384/4، رد المحتار: 433/6.

(3) الذخيرة: 155/6، لوامع الدرر: 341/11.

(4) رواه أبو يوسف في كتاب الخراج: 77، وقال ابن حجر: (إسناده واه) الدراية: 244/2.

(5) ينظر: تبيين الحقائق: 36/6.

(6) الهداية: 384/4.

(7) نهاية المطلب: 299/8، مغني المحتاج: 505/3.

(8) دقائق أول النهى: 368/2.

نائبه: أحي الأرض، أو اتركها لغيرك، ولا معرفة لطول المدّة إلا بالرجوع إلى أعراف الناس وعاداتهم[1].

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ الراجح في طول مدّة التحجّر يرجع إلى العرف، فإنّ الدولة تمهل المتحجر مدةً قد جرى في العرف أنّ المتحجّر يستطيع فيها إعمار الأرض الموات، وإن لم يستطع، أخذت منه، وأعطيت غيره، لأنه حق مشترك بين المسلمين، لا يجوز الاستيلاء عليه دون استعماله في مصالح المسلمين، والله أعلم.

المطلب الثاني: اللُقَطَــــــــــة

أولاً: مفهوم اللُقَطَة:

1. اللُقَطة لغة: مِنْ لَقَطَ، ولقْطاً: الأخذ، فهو ملقوط، ولَقيط: وهو اسم للشيء الذي وجد ملقاً على الأرض فيؤخذ[2].

2. اللُقَطة اصطلاحاً: (هو مالٌ يوجد على الأرض، ولا يُعرف له مالك)[3].

عرفت اللقطة في الاصطلاح تعريفا مساوياً للمعنى اللغوي، بأنّها تطلق على ما يُلتقط من المال الضائع[4].

ثانياً: مشروعية اللقطة في الإسلام:

ثبتت مشروعية أخذ اللقطة وجواز أخذها بالسنة النبوية والإجماع:

---

(1) مغني المحتاج: 505/3، حاشية الجمل: 568/3، دقائق أول النهى: 368/2.

(2) مختار الصحاح: 602، المصباح المنير: 557/2.

(3) التعريفات: 307.

(4) رد المحتار: 275/4، الذخيرة: 87/9، مغني المحتاج: 576/3، كشاف القناع: 209/4.

1. السنة النبوية: روي عن زيد بن خالد الجهني (ﷺ)[1] قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: ((اعْرِفْ عِفَاصَهَا[2] وَوِكَاءَهَا[3]، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا))[4].

وجه الدلالة: هذا الحديث أصل في جواز اللقطة، وفيه كيفية تعريفها وتمليكها[5].

2. الإجماع: اتفق الفقهاء على جواز اللقطة في الجملة، وإن اختلفوا في بعض تفاصيلها[6].

ثالثاً: اللُقَطة والعرف:

المسائل الفقهية التي احتجّ الفقهاء بالعرف فيها هي كالآتي:

المسألة الأولى: مدة التعريف باللقطة:

أولاً: الاحتجاج بالعرف في مدّة التعريف باللقطة:

قال النووي: (يجب تعريف اللقطة سنة، وليس ذلك بمعنى استيعاب السنة، بل لا يعرف في الليل، ولا يستوعب الأيام أيضا، بل على المعتاد.)[7].

---

(1) زيد بن خالد الجهني، أبو عبد الرحمن، وقيل أبو طلحة صحابي مشهور، سكن المدينة، ونزل الكوفة وحدث عن النبي ﷺ وعن عثمان، وأبي طلحة الأنصاري، وروى له الجماعة وتوفي سنة: (78هـ)، ينظر: أسد الغابة: 355/2، والوافي بالوفيات: 26/15.

(2) العفاص: من عفص وهو الوعاء الذي تكون فيه النفقة، ينظر: المهذب: 635/3، مصباح الزجاجة: 418/2.

(3) الوكاء: من وكي: كل خيط يشد به فم السقاء أو الوعاء، ينظر: المهذب: 635/3، لسان العرب: 274/15.

(4) متفق عليه: صحيح البخاري: 113/3، كتاب المساقاة، باب شرب الناس والدواب من الأنهار، رقم الحديث: 2372، صحيح مسلم: 1346/3، كتاب اللقطة، رقم الحديث: 1722.

(5) بداية المجتهد: 689، الحاوي الكبير: 3/8.

(6) مغني المحتاج: 577/3، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 80/2.

(7) روضة الطالبين: 407/5

وقال البهوتي: (ثم يعرفها (عادة) أي: كعادة الناس في ذلك)[1].

ثانياً: مدّة التعريف باللقطة في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على مَنْ التقط لقطة ذا بالٍ، فإنّه يجب عليه أن يعرّفها[2]، ثمّ اختلفوا في المدة التي يجب أن يعرّفها على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: لم يجعل للتعريف مدّة، بل يعرّفها مدّة يغلب على ظن الملتقط عدم طلب صاحبها، وهو الصحيح من مذهب الحنفية[3].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ الحكم يبنى على غالب الرأي، فإنّ المال يختلف بالقليل والكثير، لذا يفوّض الأمر إلى رأي المبتلى[4].

المذهب الثاني: التفصيل بين الكثير والقليل، فالكثير يعرفه سنة، والقليل يعرّفه أياماً، وهو الصحيح من قول أبي حنيفة[5]، والراجح عند المالكية[6].

وحدّ الحنفية الكثير، بعشرة دراهم فما فوق، والقليل أقل منها[7].

أما عند المالكية، فالكثير إذا كان ذا بالٍ، والقليل إذا كان من سفاسف الأمور، كدلو، ودريهمات[8].

واستدلوا بما روي عن أبي كعبٍ ﷺ أنه قال: إني وجدت صرة فيها مائة دينار، فأتيت النبي ﷺ فقال: ((عَرِّفْهَا حَوْلاً)) فعرّفتها، فلم أجد من يعرفها، ثمّ أتيته فقال: ((عَرِّفْهَا

---

(1) دقائق أولي النهى: 381/2.

(2) بدائع الصنائع: 202/6، الحاوي الكبير: 12/8، بداية المجتهد: 689، المغني: 292/8.

(3) المبسوط: 3/11، مجمع الأنهر: 705، رد المحتار: 278/4.

(4) مجمع الأنهر: 705، رد المحتار: 278/4.

(5) بدائع الصنائع: 202/6، الهداية: 417/2.

(6) الفواكه الدواني: 172/2، منح الجليل: 231/8.

(7) بدائع الصنائع: 202/6.

(8) الفواكه الدواني: 172/2.

حَوْلاً)) فعرفتها فلم أجد، ثمَ أتيته ثلاثاً، فقال: ((احْفَظْ وِعَاءَهَا وَعَدَدَهَا وَوِكَاءَهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا))[1].

وجه الدلالة: أنَ الرسول ﷺ اعتبر الحول في كلَ مرة، والعشرة وما فوقها في معنى الألف، لأنَ اليد تقطع بالعشرة فما فوقها، فألحقت العشرة بالألف، وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه من الوجوه[2].

المذهب الثالث: يجب التعريف سنة، وهو قول محمد صاحب أبي حنيفة[3]، وقول عند المالكية وعليه أكثر علماء المذهب[4]، وإليه ذهب الشافعية[5]، والحنابلة[6].

ولا يجب عند الشافعية والحنابلة استيعاب جميع السنة، بل ما يعتاده الناس في ذلك[7].

واستدلوا بما يأتي:

---

(1) متفق عليه: صحيح البخاري: 124/3، كتاب في اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه، رقم الحديث: 2426، صحيح مسلم: 1350/3، كتاب اللقطة، رقم الحديث: 1723.

(2) البناية: 328/7.

(3) الهداية: 417/2، تبيين الحقائق: 303/3.

(4) جامع الأمهات: 458، التوضيح: 368/7، مواهب الجليل: 73/6.

(5) روضة الطالبين: 407/5، تحفة المحتاج في شرح المنهاج: 334/6.

(6) المغني: 293/8-294، دقائق أولي النهى: 381/2.

(7) روضة الطالبين: 207/5، دقائق أولي النهى: 381/2.

1. السنة النبوية: روي عن زيد بن خالد الجهني ﷺ قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: ((اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا))[1].

وجه الدلالة: أنّ الحول أصل معتبر في الشريعة، كما في الزكاة، فكان من الأولى اعتباره في اللقطة[2].

2. المعقول: حيث إنّ الحول فيه جميع فصول السنة، وينتهي التعريف من حيث بدأ، فالاقتصار على ما دون الحول تقصير، والزيادة على السنة مشقة[3].

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ الراجح من حيث الدليل أنّ اللقطة يجب أن تعرّف سنة، وأنّه لا يجب استيعاب جميع السنة، بل يعمل الملتقط ما هو معتاد ومعروف عند الناس، والله أعلم.

المسألة الثانية: ما لا يعرّف من اللقطة:

الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

الحدّ الفاصل بين اللقطة التي يجب أن تُعَرَّف، والتي لا تحتاج إلى تعريف، يبينه العرف عند الفقهاء.

---

(1) متفق عليه: صحيح البخاري: 113/3، كتاب في المساقاة، باب اشرب الناس والدواب من الأنهار، رقم الحديث: 2372، صحيح مسلم: 1346/3، كتاب اللقطة، رقم الحديث: 1722.

(2) الحاوي الكبير: 13/8.

(3) الحاوي الكبير: 13/8.

قال خليل: (وأما القليل الذي لا يُفسد، فإن كان تافها لا قدر له، بحيث يعلم أنّ صاحبه في العادة لا يتبعه لقلته، فلا يُعرّف أصلاً)[1].

وقال البوطي: (لما كان العرف السائد بين الناس قاضيا بالتساهل في الأشياء الصغيرة، وعدم الاهتمام بها عند فقدها، مثل لقمة الطعام، أو حبة تمر، كان حكم اللقطة غير جارٍ فيها، لتنزل العرف في ذلك منزلة الإذن)[2].

أي أنّه جرى في العرف أنّ الشيء التافه واليسير لا يجب تعريفه، بل يجوز أخذه والانتفاع به، وهو ما اتفق عليه الفقهاء[3]، وفسروا اليسير والتافه بأنّه الذي لا يطلبه صاحبه عادة[4].

أمّا تحديد التافه واليسير والقليل، الذي لا يحتاج إلى تعريف، فقد اختلفوا فيه على خمسة مذاهب:

المذهب الأول: هي التمرة وما في معناها كالكسرة والخرقة، وهو رواية عن أبي حنيفة[5]، وقول عند المالكية[6]، والصحيح من مذهب الشافعية[7]، ورواية عند الحنابلة[8].

---

(1) التوضيح: 367/7.

(2) ضوابط المصلحة: 242.

(3) المغني: 296/8.

(4) ينظر: تبيين الحقائق: 304/3، والبحر الرائق: 165/5، والذخيرة: 109/9، والتوضيح: 367/7، والمجموع: 262/15، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم: 85/2، الإنصاف: 399/6.

(5) بدائع الصنائع: 202/6.

(6) الكافي في فقه أهل المدينة: 837/2.

(7) المهذب: 638/3، المجموع: 256/15.

(8) الإنصاف: 399/6.

واستدلوا بما روي عن أنس ﷺ أنه قال: مر النبي ﷺ بتمرة في الطريق، قال: ((لَوْلاَ أَنِّي أَخَافُ أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا))[1].

وجه الدلالة: ورد عن الرّسول ﷺ أنّه يجب تعريف اللقطة سنة، ولا يجوز أن يستثني من العموم إلا بحديث مثله، وقد ثبت استثناء التمرة من هذا الحديث، فتبين أنّ التمرة وما في معناها لا يجب فيها التعريف، ويبقى التعريف واجبا فيما فوقها[2].

المذهب الثاني: اللقطة التي لا تحتاج إلى تعريف هي ما دون الدرهم، وهو الراجح عند المالكية[3]، وقول عند الحنابلة[4].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ النفس لا تلتفت إلى ما دون الدرهم، وتسمح بتركه، وعدم طلبه كسوط وعصا[5].

المذهب الثالث: اللقطة التي لا تحتاج إلى تعريف، هي التي لا تتبعه همة أوساط الناس ولو كثرت، ولا يجوز تحديدها، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[6].

ويمكن تمثيله عندهم بالسوط والرغيف والعصا والحبل وما شابهها[7].

---

(1) متفق عليه: صحيح البخاري: 125/3 ، كتاب في اللقطة، باب إذا وجد تمرة في الطريق، رقم الحديث: 2431، صحيح مسلم: 752/2، كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله وهم بنو هاشم وبنو عبد المطلب دون غيرهم، رقم الحديث: 1071.

(2) الإشراف: 370/6.

(3) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 120/4.

(4) الإنصاف: 40/6.

(5) لوامع الدرر: 587/11.

(6) المغني: 297/8، الإنصاف: 399/6.

(7) منار السبيل: 458.

واستدلوا بما روي عن زيد بن خالد الجهني ﵁ أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: ((عرِّفْهَا سَنَةً))[1].

وجه الدلالة: أنّ هذا الحديث يبقى على عمومه، ولم يرد حديث صحيح، أو إجماع يُخرج شيئا من عموم هذا الحديث، ولأنّ التقدير والتحديد لا يُعرف بالقياس، ولكن يعرف بالنص والدليل[2].

المذهب الرابع: اللقطة التي لا تحتاج إلى تعريف، هو الدينار وما دونه، وهو وجه عند الشافعية[3].

واستدلوا بما روي أن علياً وجد دينارا، فأتى به فَاطِمَةَ رضي الله عنهما، فَسَأَلَتْ عنْهُ رَسُولَ اللهِ ﷺ فقال: ((هو رِزْقُ الله)) فأكل منه رسول الله ﷺ وأكل علي وفاطمة، فلما كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ أَتَتْهُ امرأةٌ تنشُدُ الدِّينَارَ، فقالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: ((يا عليُّ، أدِّ الدِّينَارَ))[4].

وجه الدلالة: أنّ علياً ﵁ وجد الدينار، وتصرف فيه دون أن يعرّفه وأقرّه رسول الله ﷺ، فدلّ على جواز الانتفاع بالدينار الملتقط وما دونه دون أن يُعرّف.

وأجيب عن الحديث بجوابين:

الأول: بأنّ الحديث ضعيف، وروي بطرق مضطربة، فلا يصح الاحتجاج به[5].

---

(1) متفق عليه: صحيح البخاري: 113/3، كتاب المساقاة، باب شرب الناس والدواب من الأنهار، رقم الحديث: 2372، صحيح مسلم: 1346/3، كتاب اللقطة، رقم الحديث: 1722.

(2) المغني: 297/8.

(3) المهذب: 638/3، المجموع: 256/15.

(4) سنن أبي داود: 137/3، كتاب اللقطة، رقم الحديث: 1714، السنن الكبرى للبيهقي: 310/6، كتاب اللقطة، باب اللقطة يأكلها الغني والفقير إذا لم تعترف بعد تعريف سنة، رقم الحديث: 12060، وقال ابن حجر: إسناده حسن، التلخيص الحبير: 163/3.

(5) المغني: 297/8.

الثاني: أنّ علياً رضي الله عنه كان مضطراً، فجاز له الانتفاع من مال غيره دون إذنه[1].

المذهب الخامس: اللقطة التي تحتاج إلى تعريف، هي ما يُقطع به يد السارق وما فوقه، أمّا ما دونه فلا يعرّف، وهو قول عند الشافعية[2]، والحنابلة[3].

واستدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: ((لَمْ يَكُن يُقْطَعُ على عهد النبي ﷺ في الشَّيءِ التَّافِهِ))[4].

وجه الدلالة: أنّ التافه هو الذي لا يقطع به اليدّ، لذا لا يُلتفت إليه، ولا يطلبه صاحبه عند ضياعه[5].

الترجيح:

تبين مما تقدم أنّ الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثالث من عدم جواز تحديد اللقطة التي لا تحتاج إلى تعريف، لأنّه ورد في الشرع مطلق التعريف، ولم يحدد التعريف في الكثير ولا القليل، أمّا التي لا تحتاج إلى تعريف فإنّ المرجع إلى العرف، وبه تحدد القلة والكثرة، لأنّ اليسير في عرف بلد قد يكون كثيراً بالنسبة لبلد آخر، فمثلاً عشرة دولارات قد يكون يسيراً في بلد ولا يطلبها صاحبها، بخلاف بلد آخر قد يكون هذا المبلغ عندهم كثيرا، لا يُستغنى عنها بسهولة، لذلك فبالعرف تحدد القلة والكثرة، والله أعلم.

---

(1) البدر المنير: 162/7، التلخيص الحبير: 174/3.

(2) المهذب: 638/3.

(3) الكافي في فقه الإمام أحمد: 197/2، الإنصاف: 400/4.

(4) السنن الكبرى للبيهقي: 446/8، كتاب جامع أبواب القطع في السرقة، باب ما يجب فيه القطع، رقم الحديث: 17166، مصنف ابن أبي شيبة: 477/3، كتاب الحدود، باب من قال لا تقطع في أقل من عشرة دراهم، رقم الحديث: 28114، والحديث مرسل، ينظر: نصب الراية: 360/3.

(5) الكافي في فقه الإمام أحمد: 197/2.

المسألة الثالثة: تناول الثمار الساقطة من الأشجار:

أولاً: احتجاج الفقهاء بالعرف في هذه المسالة:

قال ابن نجيم: (إذا مر الرجل بالثمار في أيام الصيف وأراد أن يتناول منها الثمار الساقطة تحت الأشجار فإن كان ذلك في المصر لا يسعه التناول إلا إذا علم أن صاحبها قد أباح إما نصا، أو دلالة أو عادة)[1].

وقال النووي: (حكم الثمار الساقطة من الأشجار حكم سائر الثمار إن كانت داخل الجدار. فإن كانت خارجه، فكذلك إن لم تجر عادتهم بإباحتها، فإن جرت بذلك، فهل تجري العادة المطردة مجرى الإباحة؟ وجهان، قلت (أي النووي): الأصح: تجري)[2].

وقال البوطي: (لتنزل العرف في ذلك منزلة الإذن، ومثله تناول الثمار الساقطة من الأشجار، وسقي الدواب من الجداول والأنهار بدون إذن مالكها)[3].

ثانياً: حكم الثمار الساقطة خارج الجدار:

العادة جارية بإباحة الثمار الساقطة خارج الجدار، والأكل منها بلا إذن صاحبها، ويقوم العرف في تناولها مقام الإذن اللفظي، إلا إذا علم أنّ صاحبها قد نهى عن تناولها صراحة، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[4]، والشافعية[5].

---

(1) البحر الرائق: 209/8.

(2) روضة الطالبين: 292/3.

(3) ضوابط المصلحة: 242.

(4) البحر الرائق: 209/8، والأشباه والنظائر لابن نجيم: 80.

(5) المجموع: 54/9، وروضة الطالبين: 292/3.

وذهب المالكية[1] والحنابلة[2] إلى أنّه لا يجوز الأكل من الثمار الساقطة إلا أن يكون محتاجاً، أو يعلم أنّ صاحبه طيب النفس به.

وذهب الشافعية في وجه على أنّه لا يباح أكلها وإن جرت العادة بإباحة أكلها، لأنّه يحتمل أنّ المالك لا يبيح أكلها، فلا عبرة بالعرف حينئذٍ[3].

وعند الحنفية لا يجوز تناول الثمار التي تبقى ولا تفسد كالجوز واللوز، إلا إذا علم إذن صاحبها، ولا يكتفي بالعرف فقط[4].

الترجيح:

والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء على جواز الأكل من الثمار الساقطة خارج الجدار، عملاً بالعرف، فيقوم العرف في ذلك مقام الإذن، والله أعلم.

المطلب الثالث: الغصب

أولاً: مفهوم الغصب:

1.الغصب لغة: من غَصَبَ، يغْصِبُ، غصْباً، اغتصب، فهو غاصب: أي أخذ الشيء عدواناً وقهراً[5].

2. الغصب اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريف الغصب اصطلاحاً:

---

(1) الاستذكار: 503/8.

(2) ينظر: الشرح الكبير على متن المقنع: 109/11، وإعلام الموقعين: 298/2.

(3) المجموع: 54/9.

(4) البحر الرائق: 209/8.

(5) لسان العرب: 54/11، القاموس المحيط: 116.

فالمالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، عرّفوه بأنّه استيلاء على حقّ الغير عدواناً. أي أنّ الغصب يحصل بمجرد الاستيلاء على مالٍ أو عقار أو منفعة للغير مع وجود القهر والغلبة والعدوان[4].

أمّا عند الحنفية، فالغصب: (هو أخذ مالٍ متقوم محترم بغير إذن مالكه، على وجه يزيل يده)[5].

فبقيد (أخذ مال متقوم) خرج الخمر، وبقيد (المحترم) خرج مال الحربي، وبقيد (بغير إذن مالكه) خرج ما أخذ بإذنه، وبقيد (على وجه يزيل يده) وهو الشرط الذي لا بدّ منه عند الحنفية، وهو إزالة يد المالك عن ملكه[6].

والراجح هو تعريف الجمهور، لأنّ الغصب يحصل بمجرد الاستيلاء على حق الغير قهراً وظلماً، ومنعه من الانتفاع بحقه فيه، والله أعلم.

ثانياً: حكم الغصب في الفقه الإسلامي:

الغصب حرام بالكتاب والسنة وإجماع الأمّة.

1. القرآن الكريم: قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: 29].

---

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 442/3.

(2) كفاية الأخيار: 384.

(3) الإنصاف: 121/6.

(4) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: 442/3، كفاية الأخيار: 384، الإنصاف: 121/6.

(5) الهداية: 296/4.

(6) البناية: 181/11.

وجه الدلالة: لا يأكل بعضكم أموال بعض بالباطل والعدوان والظلم، كالمكاسب غير الشرعية، والغصب[1].

2. السنة النبوية: روى عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه، أنّ النبي ﷺ قال في خطبته بمنى: ((فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ، وَأَمْوَالَكُمْ، وَأَعْرَاضَكُمْ، بَيْنَكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا، لِيُبَلِّغِ الشَّاهِدُ الغَائِبَ، فَإِنَّ الشَّاهِدَ عَسَى أَنْ يُبَلِّغَ مَنْ هُوَ أَوْعَى لَهُ مِنْهُ))[2].

وجه الدلالة: دلّ هذا الحديث على أنّ العدوان على مال الغير حرامٌ كالتعدي على النفس[3].

3. الإجماع: فقد أجمع المسلمون وكل الملل على حرمة الغصب[4].

ثالثاً: الغصب والعرف:

بما أنّ الغصب هو أخذ مال الغير والاستيلاء عليه على وجه الظلم والقهر والعدوان، فقد يرجع في كيفية الاستيلاء وتفسير العدوان إلى العرف، لذا يتفرع من موضوع الغصب مسألة واحدة وهي:

---

(1) ينظر: تفسير القرآن العظيم: 268/2، ومغني المحتاج: 335/3.

(2) متفق عليه: صحيح البخاري: 24/1، كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ: «رب مبلغ أوعى من سامع»، رقم الحديث: 67، صحيح مسلم: 1305/3، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، رقم الحديث: 1679.

(3) المبسوط: 49/11.

(4) فواكه الدواني: 172/2، الإقناع لابن المنذر: 706/2، روضة الطالبين: 3/5، المغني: 360/7.

مسألة ضابط الاستيلاء في الغصب:

أولاً: الاحتجاج بالعرف في هذه المسألة:

قال الجويني: (لو اجتاز بأرضٍ مملوكة لإنسانٍ، لم يصر ذا يدٍ في الأرض لاجتيازه؛ فإن ذلك لا يعد في العرف استيلاءً، وقد ذكرنا أن الاستيلاء هو المقصود المطلوب، والرجوع فيه إلى العرف)[1].

وقال الحجاوي: (الغصب حرام: وهو استيلاء غير حربي عرفا على حق غيره قهرا بغير حق)[2].

ثانياً: ضابط الاستيلاء في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في بيان الاستيلاء في الغصب وفقاً لاختلافهم في تعريف الغصب كما تبين سابقاً من تعريفه، وقد خالف الحنفية الجمهور في ذلك.

فاتفقوا على أنّ الغصب يحصل بوضع اليد على المنقول، كالسيارة والأقمشة، وذلك بالتحويل من مكانه[3].

أمّا غير المنقول كالعقار، فقد اختلفوا فيه على مذهبين:

---

(1) نهاية المطلب: 232/7.

(2) الإقناع: 338/2.

(3) الهداية: 297/4، بداية المجتهد: 699، البيان: 9/7، زاد المستقنع: 97.

المذهب الأول: يكون غصب العقار بالاستيلاء كالمنقول، وبوجب الضمان، إليه ذهب محمد صاحب أبي حنيفة[1]، وهو مذهب المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4].

واستدلوا بما يأتي:

1. السنة النبوية: روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ﷺ، أن رسول الله ﷺ قال: ((مَنْ أَخَذَ شِبْرًا مِنَ الْأَرْضِ ظُلْمًا، فَإِنَّهُ يُطَوَّقُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ))[5].

وجه الدلالة: الحديث دليل على أنّ العقار يمكن غصبه كالمنقول[6].

2. المعقول: إذا كان العقار يضمن بالقبض في البيع، فلماذا لا يضمن بالغصب؟ إذ لا فرق بينهما فكلاهما نقل الملكية، لكن الأولى بطريقة شرعية، والثانية بطريقة غير شرعية[7].

المذهب الثاني: الغصب لا يحصل إلا أن يأخذ الغاصب المال بغير إذن مالكه، وأن يزيل يد المالك عن الملك تماماً، وهذا القيد الأخير لا يتوفر في العقار، لأنّه لا يمكن نقله،

---

(1) الهداية: 297/4.

(2) المختصر الفقهي: 255/7، منح الجليل: 77/7، لوامع الدرر: 457/10.

(3) نهاية المطلب: 232/7، روضة الطالبين: 8/5.

(4) الإنصاف: 123/6، كشاف القناع: 76/4-77.

(5) متفق عليه: صحيح البخاري: 107/4، كتاب بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين، رقم الحديث: 3198، صحيح مسلم: 1230/3، كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، رقم الحديث: 138.

(6) ينظر: الذخيرة: 257/8.

(7) ينظر: البيان: 10/7، والمغني: 364/7.

فلا يتحقق الغصب فيه، ولا ضمان على غصبه، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة، وصاحبه أبو يوسف، وعليه الفتوى إلا في عقار الوقف[1].

واستدلوا بالمعقول: حيث إنّ الغصب يحصل بإثبات يد الغاصب على الملك، وذلك بإزالة يد المالك، وأن يفعل الغاصب بالمغصوب شيئاً، أو ينقله ويحوله من مكانه، وهذا لا يُتصوّر حصوله في العقار[2].

الترجيح:

تبين مما تقدّم أنّ الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، لقوة ما استدلوا به، ولأنّ الاستيلاء على العقار، وإن لم يحصل التغيير والتحويل فيه، فإنّه يمنع المالك من الانتفاع بملكه، فتحصل بذلك الظلم، وهو عين الغصب، والله أعلم.

---

(1) بدائع الصنائع: 146/7، الهداية: 221/7، رد المحتار: 179/6.

(2) الهداية: 297/4، العناية: 323/9.

الخاتمة

والاستنتاجات

الخاتمة

بعد البحث والدراسة توصلت إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

1- احتجّ الفقهاء بالعرف في المعاملات المالية، فكانت احتجاجاتهم متنوعة، فمنها موافقة الفقيه لصحيح مذهبه، وهو الأكثر، ومنها اختياره الرأي الموافق للعرف وإن خالف صحيح مذهبه، وهو الأقل، ومنها عدوله عن صحيح مذهبه إلى رأي مرجوح أو وجه شاذ في المذهب، وذلك بحجة العرف.

2- يعتبر العرف دليلاً كاشفاً من الأدلة الشرعية، وأصلاً من أصول الفقه، وهو أحد المراجع لفهم النصوص الشرعية، والمعتمد لفصل المنازعات الفقهية، والمعتبر لبيان المطلقات الواردة في الأدلة الشرعية، فاكتسب الدين الإسلامي عظمة، وجعله صالحاً لكل زمان ومكان، ومسايراً مع الواقع، ومواكباً للمستجدات والمتغيرات العصرية.

3- لا يعدّ جميع أعراف الناس وعاداتهم دليلاً للتشريع، بل منها ما هو فاسد لا يصلح لبناء الأحكام الفقهية عليها، وهو ما يسمى بالعرف الملغي الذي لا يُعتدّ به، وإن كان معمولا به عند بعض الناس، كتعامل الناس بالربا.

4- لا يُعتدّ بالعرف المضطرب، فمثلاً لم يثبت العرف في تعجيل الأجرة، فلا يحقّ للمؤجّر طلب تعجيل الأجرة إلا إذا اشترطه في العقد.

5- المعاملات المالية هي المبادلات والمعاوضات المالية، وهي التي تنظم تعاملات الناس بالأموال، وظهر كمصطلح جديد عند الفقهاء المعاصرين، وتلبي عقود المعاملات المالية الاحتياجات الاقتصادية في مجال الاستثمار والتمويل والإنتاج والتسويق وهي فضاءٌ رحبٌ ومجالٌ خصب للحكومات والمستثمرين والبنوك

الإسلامية، للقضاء على الفقر والبطالة، وتوفير الأمن الغذائي والاكتفاء الذاتي.

6- المنافع المباحة من الأموال يجوز التعامل بها، والمعاقدة عليها، وأنّ القيمة المالية للأشياء تدور مع المنافع، فأينما وجدت المنافع وجد المال، والذي يقرر وجود المنفعة، وحدود الانتفاع بالشيء هو العرف.

7- كثير من التعاملات لا يُعرف القصد منها إلا بالرجوع إلى العرف كالقبض، وما يتناوله اسم المبيع، والعيب الذي يردّ به البيع، وضبط المقادير في المسلم فيه، ومسؤوليات المؤجر تجاه العين المؤجرة، وبيان عمل عامل المضاربة والمساقاة والمزارعة، وتصرفات الوكيل، وصفة الإحياء، وغيرها من مواضيع المعاملات المالية، فقد اعتدّ الشرع بما جرى عليه الناس.

8- يجوز بيع المرابحة، والمساقاة بغير النخيل والعنب، والمضاربة بغير الذهب والفضة، وذلك لما جرى عليه العرف، ولحاجة الناس إلى مثل هذه البيوع، وهو المعمول به في المصارف الإسلامية.

9- هناك عقود مستحدثة قد أفتى الفقهاء بجوازها بناءً على العرف، كاشتراط صيانة المبيع، وبدل الخلو، وهناك أيضاً تطبيقات فقهية معاصرة لعقود فقهية قديمة كبيع المنافع والحقوق المعنوية، وصور مستحدثة للإجارة، والتطبيقات المعاصرة للقبض والسلم والمساقاة، وأنواع المرابحة وغير ذلك كثير، وقد اعتمدتها المصارف الإسلامية.

التوصيات:

في ضوء دراسة احتجاجات الفقهاء بالعرف في المعاملات المالية، ومن خلال ما توصلت إليه الدراسة من نتائج، أوصي ببعض التوصيات والمقترحات الآتية:

1- بما أنّ للعرف تأثيراً كبيراً على الفتوى، أطلب من القائمين على الفتوى في العالم الإسلامي، من لجانٍ، أو علماء الدين والفقهاء، أن يراعوا عرف الناس في فتاويهم التي تعتمد على العرف، فلا يقلدوا فتوى موروثا معتمدا على عرف سابق، ولا يستوردوا فتوى مستجدا من بلد يختلف عرفهم عن عرفنا، ومن الضروري أن يكون المفتي من نفس بلد المستفتي في المسائل التي تبنى على العرف.

2- قيام الجهات الحكومية المختصّة، ولجان الفتوى لكل الشعوب والقوميات المسلمة بتدوين أعراف قومهم المتعلقة بالأحكام الشرعية، والتي تبنى عليها معاملات الناس، وجعلها مصدراً للفتوى، وفيصلاً للمنازعات، وبيان الملغي منها، وضبط حدود مجالاته.

3- أوصي الباحثين بضرورة عمل دراسات وبحوث في هذا المجال، وتكملة احتجاجات الفقهاء في غير المعاملات المالية، كالنكاح والقضاء وغيرهما.

4- أوصي الجامعات الإسلامية والمجاميع الفقهية والوزارات المعنية، بعقد مؤتمرات في مجال النوازل الفقهية والمستجدات العصرية، ودراستها، وبيان مدى علاقتها بأعراف الناس وعاداتهم، وبيان أحكامها الفقهية.

5- أوصي الحكومات القائمة والمصارف الإسلامية والمستثمرين، تطبيق عقود المضاربة والمرابحة والمساقاة والمزارعة وغيرها، فإنّ لتطبيق هذه العقود أثراً اقتصادياً كبيراً للقضاء على البطالة المتفشية في البلد، وينتعش بها الاقتصاد، فإن في البلاد أيديَ عاملة وأراضي خصبة وصالحة للزراعة وتحتاج إلى الاستثمار فيها، واستغلالها لتحقيق الاكتفاء الذاتي في المواد الضرورية التي تعتمد عليها المجتمع، وأن يتعاونوا مع المراكز العالمية المتخصصة في هذا المجال، وعلى الحكومة تقديم التسهيلات اللازمة إلى العاملين وتشجيعهم والحدّ من المعوقات التي تعتريهم، وإيجاد سوق رحب لمنتجاتهم.

والحمد لله الذي بفضله وكرمه تتم الصالحات، والصلاة والسلام على رسوله محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، والله من وراء القصد، إنه نعم المولى ونعم النصير.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادروالمراجع

* بعد القرآن الكريم

أولاً: الكتب باللغة العربية:

- ابن تيمية، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، محمد أبو زهرة، القاهرة: دار الفكر العربي، 1991م.
- أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، مصطفى ديب البغا، دمشق: دار القلم، دار العلوم الإنسانية، ط4، 2007م.
- الإجارة على منافع الأشخاص دراسة فقهية، د. علي محي الدين القره داغي، بحث مقدّم للدورة الثامنة عشر للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث- باريس، 2008م.
- إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم، أبي المظفر يحيى بن محمد ابن هبيرة البغدادي الحنبلي (ت: 560هـ) المحقق: محمد حسين الأزهري، دار العلا، ط2، 1431هـ- 2010م.
- أحكام القرآن: أبو محمد عبد المنعم بن عبد الرحيم المعروف بابن الفرس الأندلسي، (ت: 597هـ)، تحقيق: د. طه بن علي بو سريح وآخرون، بيروت- دار ابن حزم، 1427 هـ- 2006 م.
- أحكام القرآن، أحمد بن علي بن أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: 370هـ) المحقق: محمد صادق القمحاوي، بيروت- دار إحياء التراث العربي، 1405هـ
- أحكام القرآن، محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي (ت: 543هـ)، المحقق: عبد الرزاق المهدي، بيروت- دار الكتاب العربي، 2007م.
- إحياء علوم الدين، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: 505هـ) المحقق: سيد عمران، القاهرة- دار الحديث، 1425هـ-2004م.
- الأدب المفرد، محمد بن إسماعيل البخاري (ت: 256) المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت- دار البشائر الإسلامية، 1409هـ- 1989م.

- الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، بيروت- دلر الكتب العلمية، 1421هـ – 2000م.
- أسد الغابة في معرفة الصحابة، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني الجزري، عز الدين ابن الأثير (ت:630هـ) المحقق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت- دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م.
- الأشباه والنظائر، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت: 911هـ)، بيروت- دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990م.
- الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: 970هـ)، بيروت- دار الكتب العلمية، 1419 هـ- 1999م.
- الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: 319هـ) المحقق: صغير أحمد الأنصاري، رأس الخيمة- مكتبة مكة الثقافية، 1425هـ- 2004 م.
- الإصابة في تمييز الصحابة، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ) المحقق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت- دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م.
- أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصطفى إبراهيم الزلمي، الناشر: إحسان، 2014م.
- أصول الفقه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د ت.
- أضواء على المعاملات المالية في الإسلام، محمود حمودة، ومصطفى حسين، عمان- مؤسسة الوراق، ط2، 1999م.

- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751هـــ) المحقق: محمد عبد الســلام إبراهيم، بيروت- دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1991م.
- الأعلام، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (ت: 1396هـ)، بيروت- دار العلم للملايين، ط15، 2002م.
- الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحســن ابن القطان (ت: 628هـــ) المحقق: حســن فوزي الصــعيدي، مكتبة الفاروق الحديثة، 1424 هـ - 2004 م.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شــجاع، شــمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـــ)، المحقق: مكتب البحوث والدراسات -بيروت- دار الفكر
- الأمّ، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت: 204هـــ) بيروت- دار المعرفة، 1410هـــ- 1990م.
- الإنصــاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحســن علي بن ســليمان بن أحمد المَرْداوي (ت: 885 هـ) بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط2.
- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاســم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (ت: 978هـــ)، المحقق: يحيى حســـن مراد، دار الكتب العلمية، 1424هـ-2004م .
- إيضاح الفوائد في شرح القواعد، أ. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أربيل- روزهةلات، 2013م.
- البحر المحيط في أصول الفقه، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: 794هـ)، دار الكتبي، 1414هـ- 1994م.

- البحر الرائق شــرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: 970هـ)، بيروت- دار الكتاب الإسلامي، ط2، د ت.
- بحر المذهب، أبو المحاســن عبد الواحد بن إســماعيل الروياني (ت: 502 هــــ)، المحقق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، 2009 م.
- بحوث في فقـه البنوك الإســلاميـة، د. علي محي الـدين القره داغي، بيروت- دار البشائر الإسلامية، 1431هـ- 2010م.
- بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصــرة، د. علي محي الدين القره داغي، بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1431هـ- 2010م.
- بحوث وفتاوى فقهية معاصــرة، د. أحمد الحجي الكُردي، بيروت- دار البشــائر، 1426هـ- 2005م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصــد، أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشــد القرطبي الأندلسـي (ت: 595هــــ) المحقق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت: دار الكتب العلمية، ط3، 1428هـ- 2007م.
- بداية المحتاج في شــرح المنهاج، بدر الدين أبو الفضـل محمد بن أبي بكر الأسـدي الشافعي ابن قاضي شهبة (ت: 874 هـ)، جدة- دار المنهاج، ط1، 1432 هـ- 2011 م.
- بدائع الصــنائع في ترتيب الشــرائع، علاء الدين أبو بكر بن مســعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: 587هـ) بيروت- دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ- 1986م.
- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشـرح الكبير، ابن الملقن سـراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشـافعي المصـري (ت: 804هــــ) المحقق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، الرياض- دار الهجرة، ط1، 1425هـ-2004م.
- بدل الخلو في الفقه الإســلامي حقيقته وأحكامه، د. صــالح بن عثمان بن عبد العزيز الهليل، الرياض- دار المؤيد، ط1، 1417هـ- 1996م.

- بغية المسترشدين في تلخيص فتاوى بعض الأئمة من العلماء المتأخرين، السيد عبد الرحمن بن محمد بن حسين بن عمر المشهور باعلوي الحسيني الحضرمي الشافعي (ت: 1320هـ)، بيروت- دار الفكر، ط1، 1414هـ- 1994م.
- بلوغ المرام من أدلة الأحكام، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 852 هـ)، المحقق: الدكتور ماهر ياسين الفحل، الرياض- دار القبس، 1435هـ- 2014م.
- البناية شرح الهداية، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين العيني الحنفي (ت: 855هـ) بيروت- دار الكتب العلمية، ط1، 1420 هـ- 2000م.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (ت: 558هـ) المحقق: قاسم محمد النوري، جدة- دار المنهاج، ط1، 1421هـ- 2000م.
- بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى 628هـ)، المحقق: د. الحسين آيت سعيد، الرياض- دار طيبة، ط1، 1418هـ-1997م.
- تاريخ الطبري (تاريخ الرسل والملوك)، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (ت: 310هـ)، بيروت- دار التراث، 1387 هـ
- التبصرة، علي بن محمد الربعي، المعروف باللخمي (ت: 468) المحقق: أحمد عبد الكريم نجيب، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، ط1، 1432هـ- 2011م.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: 743هـ)، وعليه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (ت: 1021هـ)، القاهرة- المطبعة الكبرى الأميرية، 1313هـ

- التجريد، أبو الحســين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان القدوري (ت: 428 هـ) المحقق: د. محمد أحمد سراج، د. علي جمعة، القاهرة- دار السلام، ط2، 1427هـ -2006م.
- تحرير الفتـاوى على «التنبيـه» و «المنهـاج» و «الحـاوي» المســمى (النكـت على المختصــرات الثلاث)، ولي الدين أبو زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحســين بن عبد الرحمن العراقي الكُردي المِهْراني القاهري الشافعي (ت: 826 هـ) المحقق: عبد الرحمن فهمي محمد الزواوي، جدة- دار المنهاج، الطبعة الأولى، 1432 هـ- 2011 م.
- تحفة الطالبين في قسم المعاملات من فقه الإمام الشافعي، ملا صالح الكوزةبانكي، موصل- مكتبة بسام، 1985م.
- تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، ابن الملقن سـراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت: 804هـ)، المحقق: عبد الله بن سعاف اللحياني، مكة المكرمة: دار حراء، 1406هـ
- تحفة المحتاج في شــرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت: 974هـ)، مصر: المكتبة التجارية الكبرى، 1357 هـ - 1983 م.
- التحقيق في أحاديث الخلاف، أبو الفرج ابن الجوزي (ت 597هـ)، المحقق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، بيروت- دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م، ط1.
- التذكرة في الفقه على مذهب الإمام أحمد، أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي الحنبلي (ت ٥١٣ هـ)، تحقيق وتعليق: الدكتور ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة، الرياض - دار إشبيليا، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.
- تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصــرة، محمد محمود الجمّال، الدوحة- روايا للدراسات والبحوث، ط2، 2017م.

- التعريفات، علي حسين الجرجاني (ت: 816هـ) المحقق: نصرالدين تونسي، القاهرة: شركة القدس، ط1، 2007م.
- التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، 1424هـ- 2003م.
- تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري الدمشقي (ت: 774هـ) المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، ط2، 1420هـ- 1999.
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ)، المحقق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مصر: مؤسسة قرطبة، ط1، 1416هـ-1995م.
- التلقين في الفقه المالكي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت: 422هـ) المحقق: أبو أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، بيروت- دار الكتب العلمية، ط1، 1425هـ- 2004م.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)، المحقق: مصطفى أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، المغرب: وزارة عموم الأوقاف وشؤون الإسلامية، 1387 هـ
- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (ت: 748هـ) المحقق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، الرياض- دار الوطن، ط1، 1421هـ- 2000م.
- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، شمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي الحنبلي (ت: 744هـ) المحقق: سامي بن محمد بن جاد الله وعبد العزيز بن ناصر الخباني، الرياض: أضواء السلف، ط1، 1428 هـ- 2007م.

- تنوير القلوب في معاملة علام الغيوب، محمد أمين الكردي الإربلي النقشبندي الشافعي (ت: 1332هـ)، مصر: مكاتب الشهير، ط9، 1372هـ
- التهذيب في الفقه الإمام الشافعي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي (ت: 516هـ)، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، 1418هـ- 1997م.
- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت: 776هـ) المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1429هـ - 2008م.
- جامع الأمهات، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس ابن الحاجب الكردي المالكي (ت: 646هـ) المحقق: أبو عمر عبد الرحمن الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1421هـ- 2000م.
- جمع الجوامع في أصول الفقه، أبو نصر تاج الدين عبد الوهّاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت: 771هـ) المحقق: إبراهيم، عبد المنعم خليل، بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 2003م.
- حاشية الجمل على منهج الطلاب لزكريا الأنصاري، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (ت: 1204هـ) بيروت- دار الفكر، د ت.
- حاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع، حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (ت: 1250هـ) بيروت- دار الكتب العلمية.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (ت: 450هـ) المحقق: علي محمد معوضي وعادل أحمد عبد الموجود، بيروت- دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ -1999م.

- حلية الفقهاء، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت: 395هـ) المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، بيروت، الشركة المتحدة للتوزيع، ط1، 1403هـ- 1983م.
- الخراج: أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (ت: 182هـ) المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، وسعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث.
- الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، علاء الدين محمد بن علي بن محمد الحِصْني الحصكفي الحنفي (ت: 1088هـ) المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، بيروت- دار الكتب العلمية، ط1، 1423هـ- 2002م.
- دراسات في العقيدة والتفسير والفقه المقارن، نظام الدين عبد الحميد، السليمانية: مطبعة سيما، ط2، 2007م.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ)، المحقق: عبد الله هاشم اليماني المدني، بيروت- دار المعرفة، د.ت .
- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي (ت:1353هـ) ترجمة: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، 1411هـ- 1991م.
- دروس فقهية، سليمان بن محمد اللهيميد، كتاب إلكتروني بترقيم الشاملة.
- دقائق أولي النهى لشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلى (ت: 1051هـ) عالم الكتب، ط1، 1414هـ- 1993م.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: 799هـ)، المحقق: محمد الأحمدي أبو النور، القاهرة- دار التراث للطبع والنشر، د ت.

- الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي المالكي (ت: 684هـ) المحقق: محمد حجي وسعيد أعراب، بيروت- دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994 م.
- ذيل طبقات الحنابلة، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد، السَلامي، البغدادي الدمشقي، الحنبلي (ت: 795هـ)، المحقق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، الرياض- مكتبة العبيكان، 1425هـ- 2005م.
- رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي الحنفي (ت: 1252هـ)، بيروت: دار الفكر، ط2، 1412هـ - 1992م.
- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (ت: 1270هـ)، المحقق: علي عبد الباري عطية، بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المحقق: زهير الشاويش، بيروت، دمشق، عمان: المكتب الإسلامي، ط3، 1412هـ- 1991م.
- زاد المستقنع في الفقه على مذهب الإمام أحمد، شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد الحجاوي الحنبلي (ت: 968هـ) الجزائر: الشركة الجزائرية اللبنانية، ط1، 1427هـ- 2006م.
- الزاهر في ألفاظ الشافعي، أبو منصور، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي (ت: 370هـ)، المحقق: مسعد عبد الحميد السعدني، دار الطلائع، د ت.
- سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (ت: 273 هـ) المحقق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430 هـ- 2009م.

- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (ت: 275هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت: المكتبة العصرية.
- سنن الترمذي، أبو عيسى، محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي (ت: 279هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، مصر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط2، 1395هـ- 1975م.
- سنن النسائي (المجتبى من السنن)، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (ت: 303هـ)، المحقق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، 1406هـ – 1986م.
- السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: 458 هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا، بيروت- دار الكتب العلمية، ط3، 1424 هـ - 2003 م.
- سير أعلام النبلاء، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (ت: 748هـ)، القاهرة- دار الحديث، 1427هـ-2006م.
- شرح التلقين، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (ت: 536هـ) المحقق: محمد مختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2008م .
- شرح القواعد الفقهية، مصطفى الزرقا، دمشق: دار القلم، ط2، 1989م.
- الشرح الكبير على متن المقنع، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت: 682هـ)، دار الكتاب العربي.
- الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير وحاشية الدسوقي عليه، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ) بيروت: دار الفكر، د ت.

- شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي المالكي (ت: 684هـ) المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، 1393 هـ - 1973م.
- شرح صحيح البخاري، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك ابن بطال (ت: 449هـ)، المحقق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الرياض: دار الرشد، ط2، 1423هـ- 2003م.
- شرح صحيح مسلم المسمى المنهاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ) المحقق: خليل مأمون شيحا، بيروت: دار المعرفة، ط 15، 2008م.
- صحيح ابن حبان (الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان)، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (ت: 354هـ)، ترتيب- الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، المحقق: شعيب الأرنؤوط، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1408هـ- 1988م.
- صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه) محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري (ت: 256هـ) المحقق: محمد زهير الناصر، الناشر: دار طوق النجاة، 1422هـ
- صحيح مسلم (المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: 261هـ) المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت- دار إحياء التراث العربي، د ت.
- ضوابط المصلحة، محمد سعيد رمضان البوطي (ت: 2013م) بيروت: مؤسسة الرسالة.
- طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: 771هـ)، المحقق: د. محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة، 1423هـ

- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، المحقق: سيد عمران، القاهرة- دار الحديث، ط1، 1423هـ- 2002م.
- طلبة الطلبة، أبو حفص، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، نجم الدين النسفي (ت: 537هـ)، بغداد: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى، 1311هـ
- العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، عادل عبد القادر محمد ولي قوتة، مكة المكرمة: المكتبة المكية، ط1، 1997م.
- العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد فهمي أبو سنة (ت: 2003م) القاهرة: مطبعة الأزهر، 1947م.
- العزيز شرح الوجيز= الشرح الكبير للرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (ت ٦٢٣هـ)، المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، ١٤١٧ هـ- ١٩٩٧ م.
- عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامي، عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، جدة- المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط2، 1420هـ- 2000م).
- علماؤنا في خدمة العلم والدين، عبد الكريم المدرس (ت: 2005م) عني بنشره: محمد علي القره داغي، بغداد- دار الحرية للطباعة، ط1، 1403هـ- 1983م.
- العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (ت: 786هـ)، بيروت: دار الفكر، د ت.
- الفتاوى الآمِدِية، زين العابدين الآمِدِي، المحقق: محمد هادي الشمرخي المارديني، بيروت- دار الكتب العلمية، ط1، 1433هـ -2012م.

- فتاوى ابن الصـلاح، أبو عمرو، عثمان بن عبد الرحمن، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (ت: 643هـ)، المحقق: د. موفق عبد الله عبد القادر، بيروت: مكتبة العلوم والحكم، عالم الكتب، 1407هـ
- الفتاوى العراقية المعروفة بجواهر الفتاوى أو خير الزاد في الإرشـاد، عبد الكريم محمد المدرس، (ت: 2005م) بيروت- دار إحياء التراث العربي، 1434هـ- 2013م.
- فتاوى العلياوي في مسائل الشريعة الإسلامية، ملا محمد علي العلياوي، المحقق: عبد الله محمد العلياوي، أربيل- مطبعة موكرياني، ط1، 2013م.
- الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني (ت 728هـ)، بيروت- دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ- 1987م.
- فتاوى الكردي، محمد بن سليمان الكردي المدني، المحقق: بلال خالد البعيج، دمشق- دار ضياء الشام، 2020م.
- الفتاوى الهندية: جماعة من العلماء، برئاسة الشيخ: نظام الدين البرنهابوري البلخي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، 1310 هـ
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ)، دمشق- دار الفيحاء، ط3، 1421هـ- 2000م.
- فتح باب العناية بشرح «النُّقاية»، نور الدين أبو الحسن علي بن سلطان محمد الهروي القاري (ت ١٠١٤هـ) مؤلف النقاية: صدر الشريعة عُبيد الله بن مسعود المحبوبي ت ٧٤٧ هـ)، المحقق: محمد نزار تميم، هيثم نزار تميم، دار الأرقم بن أبي الأرقم – بيروت، ط1، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م
- فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت: 861هـ)، بيروت- دار الفكر، د ت.
- الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت: 684هـ)، عالم الكتب، د.ت.

- فصــول البدائع في أصــول الشـــرائع، شـــمس الدين محمد بن حمزة بن محمد الفناري الرومي (ت: 834هـــ) المحقق: محمد حســين محمد حســن إســماعيل، بيروت- دار الكتب العلمية، ط1،1427هـ- 2006م.
- الفصول في الأصول، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت:370هـ)، الكويت- وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1414هـ - 1994م.
- الفقه الإســلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دمشــق- دار الفكر، ط32، 1431هـــ-2010م.
- فقه المعاملات المالية المقارن، علاء الدين زعتري، دمشـــق- دار العصـــماء، ط1، 2010م.
- فقه المعاوضات، د. أحمد الحجي الكُردي، منشورات جامع دمشق، كلية الشريعة، 1437هـ- 2016م.
- الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت: 1360هـ) ، بيروت- دار الكتب العالمية، ط2، 1424هـ- 2003م.
- فلسـفة الشــريعة، د. مصــطفى الزلمي، أربيل: مكتبة التفســير، ط2، 1435هـــ-2014م.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، شهاب الدين أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، النفراوي الأزهري المالكي (ت: 1126هـ) بيروت: دار الفكر، 1415هـ - 1995م.
- الفواكه العديدة في المســائل المفيدة، أحمد بن محمد بن أحمد بن حمد المنقور (ت: 1125 هـــ) السعودية- شركة الطباعة العربية السعودية، ط5، 1407هـــ-1987م.
- قاعدة العادة محكمة، دراســة نظرية تأصــيلية تطبيقية، د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين، الرياض- مكتبة الرشد، ط2، 1433هـ- 2012م.

- قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي، د. علي محي الدين القره داغي، بيروت- دار البشائر الإسلامية، ط2، 2016م.
- القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (ت: 817هـ)، شركة القدس، ط3، 2009م.
- قضايا فقهية معاصرة، محمد سعيد رمضان البوطي (ت: 2013م) دمشق- مكتبة الفارابي، ط1، 1991م.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (ت: 660هـ)، القاهرة- مكتبة الكليات الأزهرية، 1414هـ- 1991م.
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد الزحيلي، دمشق: دار الفكر، ط1، 1427هـ- 2006م.
- القواعد والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، د. محمد عثمان شبير، عمان- دار النفائس، 1428هـ- 2007م.
- القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع، عبد المجيد عبد الله دية، الأردن- دار النفائس، ط1، 2005م.
- القوانين الفقهية، محمد بن أحمد ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت741هـ)، القاهرة- دار ابن الهيثم، 1430هـ- 2009م.
- الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)، المحقق: محمد بن محمد بن أحيد ولد ماديك الموريتاني، الرياض- مكتبة الرياض الحديثة، ط2، 1400هـ-1980م.
- الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، دار الكتب العلمية، (1414هـ - 1994م).

- الكامل في التاريخ، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الجزري، عز الدين ابن الأثير (ت: 630هـ)، المحقق: عمر عبد السلام تدمري، بيروت- دار الكتاب العربي، 1417هـ- 1997م.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلي (ت: 1051هـ)، بيروت- دار الكتب العلمية، د ت.
- كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلي الخلوتي الحنبلي (ت: 1192هـ)، المحقق: محمد بن ناصر العجمي، بيروت- دار البشائر الإسلامية، ط1، 1423هـ- 2002م.
- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني (ت: 829هـ)، المحقق: كامل محمد عويضة، بيروت- دار الكتب العلمية، ط5، 2008م.
- الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي الحنفي (ت: 1094هـ) المحقق-عدنان درويش، محمد المصري، بيروت- مؤسسة الرسالة.
- الكوثر الجاري إلى رياض صحيح البخاري، أحمد بن إسماعيل بن عثمان بن محمد الكوراني الشافعي ثم الحنفي (ت: 893 هـ) المحقق: أحمد عزو عناية، بيروت: دار إحياء التراث العربي،1429هـ- 2008م.
- لسان العرب، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن على، ابن منظور الإفريقى المصري(ت: 711هـ)، بيروت- دار ومكتبة الهلال، دار البحار.
- لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، (شرح مختصر خليل) محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي (ت: 1302 هـ) نواكشوط- دار الرضوان، ط1، 1436 هـ- 2015م.

- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (ت: 884هـ) بيروت- دار الكتب العلمية، ط1، 1418 هـ - 1997 م.
- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ) بيروت: دار المعرفة، 1414هـ- 1993م.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبدالرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده (ت: 1078هـ)، دار إحياء التراث العربي.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (ت: 807هـ)، المحقق: حسام الدين القدسي، القاهرة: مكتبة القدسي، 1414 هـ- 1994م.
- مجمع الضمانات، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي (ت: 1030هـ) بدون ت. ط، دار الكتاب الإسلامي.
- مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية الحراني(ت 728 هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، المدينة المنورة- مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1416هـ 1995م.
- المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ) بيروت: دار الفكر، د. ت.
- مجموعة رسائل ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي الحنفي (ت: 1252هـ)، بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (ت: 542هـ)، المحقق: عبد السلام عبد الشافي محمد، بيروت- دار الكتب العلمية، ط2، 1422هـ

- المحصول، فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (ت: 606هـ) المحقق: طه جابر فياض العلواني، بيروت- مؤسسة الرسالة، ط3، 1418هـ- 1997م.
- المحلى بالآثار، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، بيروت- دار الفكر، د.ت.
- المحيط البرهاني في الفقه النعماني، برهان الدين محمود بن أحمد بن عبدالعزيز بن مازة البخاري الحنفي (ت: 616هـ) المحقق: عبدالكريم الجندي، بيروت-دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ- 2004م.
- مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت: 666هـ)، بيروت- دار الكتاب العربي، د ت.
- مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت: 776هـ)، المحقق: أحمد جاد، القاهرة- دار الحديث، 1426هـ-2005م
- المختصر الفقهي، أبو عبد الله، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي (ت: 803هـ)، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف، ط1، 1435هـ- 2014م.
- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دمشق: دار القلم، ط1، 1998م.
- المدخل الفقهي- القواعد الكلية- المؤيدات الشرعية، د. أحمد الحجي الكردي، دمشق: جامعة دمشق، 1437هـ- 2016م.
- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، بيروت: دار الكتب العلمية.
- المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري (ت: 405هـ)، المحقق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت- دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990م.

- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت: 241هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1421 هـ - 2001م.
- مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان البوصيري الكناني الشافعي (ت: 840هـ)، المحقق: محمد الكشناوي، بيروت- دار العربية، ط2، 1403هـ
- المصباح المنير، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي (ت: نحو 770هـ)، بيروت- المكتبة العلمية، د.ت.
- المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (ت: 235هـ)، المحقق: كمال يوسف الحوت، الرياض- مكتبة الرشد، 1409هـ
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيبانى الدمشقي الحنبلي (ت: 1243هـ)، المكتب الإسلامي، ط2، 1415هـ- 1994م.
- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 852هـ) دار العاصمة ودار الغيث، ط1، 1419هـ
- معالم السنن، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (ت: 388هـ)، حلب: المكتبة العلمية، 1351هـ- 1932م.
- المعاملات المالية المعاصرة أصالة ومعاصرة، أبو عمر دبيان بن محمد الدبيان، الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، ط2، 1432هـ
- المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، سعدالدين محمد الكبي، بيروت- المكتب الإسلامي، ط1، 2002م.

- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير، عمـــــان- دار النفائس، ط6، 2007م.
- معجم المصــطلحات المالية والاقتصــادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد، دمشــق- دار القلم، ط2، 1435هـ- 2014م.
- معجم المؤلفين، عمر رضـــا كحالة (ت: 1987م)، بيروت: مكتبة المثنى، دار التراث العربي، د ت.
- معجم المؤلفين المعاصرين، محمد خير رمضان يوسف، الرياض- مكتبة الملك فهد الوطنية، 1425هـ- 2003م.
- معجم لغـة الفقهـاء، محمـد رواس قلعجي وحـامـد صـــادق قنيبي، بيروت- دار النفائس، ط2، 1998م.
- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت: 395هــــ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، بيروت: دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
- المعونة على مذهب عالم المدينة، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت: 422هـــ)، المحقق: حميش عبدالحق، مكة المرمة- مصطفى أحمد الباز.
- مغني المحتـاج إلى معرفـة معـاني ألفـاظ المنهـاج، شـــمس الـدين، محمـد بن أحمـد الخطيب الشـــربيني الشـــافعي (ت: 977هـــــ)، بيروت- دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ- 1994م.
- المغني، موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدســي (ت: 620 هــ) المحقق: د. عبدالله عبدالمحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، الرياض- دار عالم الكتب، ط3، 1417هـ - 1997م.
- المفاتيح شـرح المصـابيح، الحسـين بن محمود بن الحسـن الزيداني الكوفي الشـيرازي الحنفي المشهور بالمظهري (ت: 627هـ)، الكويت: دار النوادر، 1433هـ- 2012م.

- مقدمات في المال والملكية والعقد، د. علي محي الدين القره داغي، بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1431هـ- 2010م.
- المقدمة في منهج الفقه الإسلامي في الاجتهاد والبحث، د. علي محي الدين القره داغي، بيروت- دار البشائر الإسلامية، 1431هـ- 2010م.
- المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت: 620 هـ)، المحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، جدة- مكتبة السوادي للتوزيع، ط1، 1421 هـ - 2000 م.
- المكاييل والموازين الشرعية، أ. د. علي جمعة محمد، القاهرة- القدس، ط2، 1421هـ - 2001م.
- منار السبيل في شرح الدليل، ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (ت: 1353هـ)، المحقق: زهير الشاويش، بيروت- المكتب الإسلامي، 1409هـ- 1989م.
- المنثور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: 794هـ) الكويت- وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ - 1985م.
- منح الجليل شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي (ت: 1299هـ)، بيروت- دار الفكر، 1409هـ- 1989م.
- منقول الأكراد في الفقه الشافعي، عبد العظيم السروآبادي (ت: 1325هـ)، المحقق: د. محمد رسول أبو المحمدي، طهران- دار إحسان للنشر والتوزيع، 1442هـ- 2021م.
- منهاج السنة النبوية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت: 728هـ)، المحقق: محمد رشاد سالم، السعودية- جامع الإمام بن سعود، ط1، 1406هـ - 1986م.

- المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق الشيرازي (ت: 476هـ) المحقق: د محمد الزحيلي، دمشق- دار القلم، وبيروت- دار الشامية، ط1، 1417هـ- 1996م
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (ت: 954)، بيروت- دار الفكر، ط3، 1421هـ- 1992م.
- موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، أسامة بن سعيد القحطاني، وآخرون، الرياض- دار الفضيلة، 1433هـ-2012م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، الكويت- دار السلاسل، ومصر: دار الصفوة، من سنة 1404 - 1427 هـ
- موسوعة القواعد الفقهية، عطية عدلان عطية رمضان، الإسكندرية- دار الإيمان، 2007م.
- موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي (ت: 179هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت- دار إحياء التراث العربي، 1406هـ - 1985م.
- نخب الفكر في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (ت: 855هـ)، المحقق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1429هـ- 2008م.
- نصب الراية لأحاديث الهداية، عبدالله بن يوسف بن محمد الزيلعي (ت: 762هـ)، المحقق: محمد عوامة، بيروت: مؤسسة الرسالة، جدة- دار القبلة للثقافة الإسلامية، 1418هـ- 1997م.
- نظرية العرف، عبدالله الخياط، عمان: مكتبة الأقصى، 1997م.

- النكت على كتاب ابن الصلاح، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، المحقق: ربيع بن هادي عمير المدخلي، المدينة المنورة: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، 1404هـ/1984م.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (ت: 1004هـ) بيروت- دار الفكر، 1404هـ- 1984م.
- نهاية المطلب في دراية المذهب، إمام الحرمين، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني (ت: 478هـ)، المحقق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، 1428هـ-2007م.
- النهاية في غريب الحديث والأثر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (ت: 606هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي، بيروت- المكتبة العلمية: 1399هـ- 1979م.
- هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، إسماعيل بن مير سليم الباباني البغدادي (ت: 1399هـ)، بيروت- دار إحياء التراث العربي.
- الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ)، المحقق: طلال يوسف، بيروت- دار إحياء التراث العربي.
- الوافي بالوفيات، صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي (ت: 764هـ)، المحقق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، بيروت- دار إحياء التراث العربي، 1420هـ- 2000م.
- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، محمد مصطفى الزحيلي، دمشق- دار الخير، ط2، 2006م.
- الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة القرطبة، ط6، 1987م.

- الوجيز في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، بيروت- دار الفكر المعاصر، ط2، 1995م
- الوسـيط في المذهب، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسـي (ت: 505هـ)، المحقق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، القاهرة- دار السلام، 1417هـ
- الوضوح، ابن هداية الله أبي بكر المصنف الجوري (ت: 1014هـ)، وهو شرح المحرر في فقه الإمام الشـافعي، للإمام أبي القاسـم عبد الكريم الرافعي (ت: 622هـ)، المحقق: د. عبدالله ابن الملا محمود الأرمردي، طهران- دار إحسـان، 1442هـ-2021م.

ثانياً: الكتب باللغة الكُردية:

- شەریعەتی ئیسلام، مُلا عبد الكريم المدرس، هەولێر، چاپخانەی رۆژهەلات، 2009

ثالثاً: الرسائل والأطروحات الجامعية:

- عقود الصيانة وتطبيقاتها دراسة فقهية مقارنة، عاطف محمد حسين أبو هربيد، أطروحة مقدمة لنيل الدكتوراه، مصـر، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، قسـم الشريعة الإسلامية، وقد نوقشت سنة 2011م.
- المستصفى، حافظ الدين عبدالله بن أحمد النسفي (ت: 710هـ) المحقق: أحمد محمد سـعد آل سـعد الغامدي، أطروحة مقدمة لنيل الدكتوراه، السـعودية، جامعة أم القرى، كلية الشـريعة والدراسـات الإسـلامية، قسـم الشـريعة، وقد نوقشت سنة 1432هـ
- المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية، للدكتور مشعل بن حمود بن فالح النفيعي، أطروحة مقدمة لنيل الدكتوراه، السـعودية، جامعة أم القرى، كلية الشـريعة والدراسـات الإسـلامية، قسـم الشـريعة، وقد نوقشـت سنة: 1436هـ

رابعاً: الدوريات:

- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، كراتشي: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ .
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد 4، 1498هـ- 1988م، والعدد: 18، 1425هـ- 2004م.
- مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 10، عدد 37، 2008م .

المحتويات

المقدمة 1

الفصل الأول المعاملات المالية والعرف..10

المبحث الأول: المعاملات المالية 11

المطلب الأول: مفهوم المعاملات المالية...11

المطلب الثاني: تقسيمات المال 16

المبحث الثاني: العرف..19

المطلب الأول: مفهوم العرف 19

المطلب الثاني: الفرق بين العرف والعادة...22

المطلب الثالث: تقسيمات العرف...24

المبحث الثالث: حجية العرف...36

المطلب الأول: حجية العرف 36

المطلب الثاني: شروط الاحتجاج بالعرف..40

المبحث الرابع: أثر العرف في الفقه الإسلامي 47

المطلب الأول: مجالات إعمال العرف في الفقه الإسلامي 47

المطلب الثاني: العرف في المعاملات المالية 50

الفصل الثاني المعاملات المالية العوضية 57

المبحث الأول: عقد البيع 58

المطلب الأول: مفهوم عقد البيع ومشروعيته 58

المطلب الثاني: المعاطاة..63

المطلب الثالث: تصرفا ت الصبي في البيع والشراء 70

المطلب الرابع: قبض المبيع 74
المطلب الخامس: ما يدخل في مسمى المبيع 80
المبحث الثاني: الخياروالشفعة 82
المطلب الأول: خيارالمجلس 82
المطلب الثاني: خيارالعيب 87
المطلب الثالث: الشفعة 92
المبحث الثالث: السلم والربا 98
المطلب الأول: السلم 98
المطلب الثاني: الربا 105
المبحث الرابع: البيوع 113
المطلب الأول: بيع التولية 113
المطلب الثاني: بيع المرابحة 115
المطلب الثالث: بيع الوفاء 118
المبحث الخامس: البيع والشرط 122
المطلب الأول: اشتراط البراءة عن العيوب 124
المطلب الثاني: اشتراط الصيانة 129
المبحث السادس: الإجارة 133
المطلب الأول: العرف والعاقدان 135
المطلب الثاني: العرف والصيغة 138
المطلب الثالث: العرف والأجرة 141

المطلب الرابع: العرف والمنفعة....................................149
المطلب الخامس: بدل الخلو..151
الفصل الثالث المعاملات المالية غير العوضية..........................161
المبحث الأول: عقود المشاركة..162
المطلب الأول: المضاربة..162
المطلب الثاني: المساقاة..173
المطلب الثالث: المزارعة والمخابرة...................................178
المطلب الرابع: الشِرْكَةُ..189
المطلب الخامس: الوكالة..193
المبحث الثاني: عقود التوثيق..204
المطلب الأول: الكفالة والضمان......................................204
المطلب الثاني: الإقرار..211
المبحث الثالث: عقود التبرع...221
المطلب الأول: القرض...221
المطلب الثاني: الهبة..229
المطلب الثالث: العاريَة..238
المطلب الرابع: الوقف...247
المطلب الخامس: الوصية...254
المبحث الرابع: عقود الاستيلاء.......................................268
المطلب الأول: إحياء المَوات..268

المطلب الثاني: اللُّقَطَة 274

المطلب الثالث: الغصب 284

الخاتمة والاستنتاجات 290

قائمة المصادروالمراجع 295